Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag

(Trödelvertrag)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Werner Thorbeck

aus Spandau-Berlin

Rostock

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei

1927

Referent: Prof. Dr. Feine.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. Seite

§ 1. Das Wesen und die wirtschaftliche Bedeutung des Vertriebsvertrags insbesondere die Bedeutung seiner dinglichen Rechtslage 1

Ausführung.

I. Teil (vorbereitender Teil).

§ 2. Kurze Behandlung der wichtigsten schuldrechtlichen Beziehungen beim Vertriebsvertrag . . . 9

II. Teil (Hauptteil).

Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag.

I. Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag über bewegliche Sachen.

§ 3. 1) Argumente, die für den Eigentumsübergang auf den Empfänger angeführt werden 26

§ 4. 2) Argumente, die gegen den Eigentumsübergang auf den Empfänger angeführt werden 48

§ 5. 3) Eigene Entscheidung 51

§ 6. II. Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag über Rechte 64

§ 7. III. Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag über Grundstücke 66

§ 8. IV. Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag beim Vorhandensein von diesbezüglichen Abmachungen 67

V. Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag im Falle des Selbsteintritts des Empfängers

§ 9. 1) Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag im Falle der Ausübung des Selbsteintrittsrechts durch den Empfänger . . 73

§ 10. 2) Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag im Falle der sogenannten Selbsteintrittsverpflichtung des Empfängers . . 83

§ 11. VI. Folgen der Entscheidung 85

§ 12. **Schluß** 94

Literaturverzeichnis.

Arndts: Lehrbuch des Pandektenrechts. 14. Aufl. München 1889.

Arnold: Ueber den Trödelvertrag und insbes. sein Verhältnis zur Verkaufskommission. Diss. Erlangen 1895/96.

Baron: Pandekten. 8. Aufl. Leipzig 1893.

Bayrisches Landrecht (Codex Maximilianeus Bavarius Civilis), IV. Teil, 12. Kap., § 4. München 1821.

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 2, Abt. 1. Erlangen 1884.

Bekker: Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 9, S. 254 ff. München 1867.

Beukert: Umfang und Bedeutung des Trödelhandels. Diss. Erlangen 1923.

Böhmer, J. H.: Dissertatio de translatione dominii in contractu aestimatorio. Halae 1703.

Brinkmann: Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1853.

Brinz: Kritische Blätter zivilistischen Inhalts, Nr. 1. Erlangen 1852.

Buchhändlerische Verkehrsordnung vom 20. Mai 1910.

Buhl: Das Konditionsgeschäft im deutschen Buchhandel. In der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 25. Stuttgart 1880.

Chambon: Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. 1. Die Lehre von dem contractus aestimatorius. Jena 1851.

Cohn: Der Trödelvertrag nach gemeinem Recht. Diss. Berlin 1890.

Corpus iuris civilis (Institutiones et Digesta). Herausgegeben von Mommsen-Krüger, Berlin 1911.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 4. Aufl. Jena 1903.

— Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 7. Aufl. Jena 1922.

— Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Stuttgart 1910.

Crome: Grundzüge des römischen Privatrechts. Bonn 1920.
— System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1. u. 2. Aufl. Tübingen und Leipzig 1902.
Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2, 4. Aufl. Halle 1915.
— Preußisches Privatrecht. Bd. 2, 4. Aufl. Halle 1889.
— Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1 u. 2, 7. Aufl. Berlin 1902/1903.
— System des römischen Rechts. Bd. 2, 8. Aufl. Berlin 1912.
Draesner: Das Konditionsgeschäft. Diss. Greifswald 1920.
Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. 5, Abt. 2. Leipzig 1915.
Emmerich: Ueber die Haftung des Trödlers beim periculum casus, im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 61. Tübingen und Leipzig 1878.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 9. Aufl. Berlin 1903.
Engelmann: Das bürgerliche Recht. 6. Aufl. Berlin 1913.
L. Enneccerus, Th. Kipp und Martin Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Allgem. Teil, 25.—29. Aufl. Marburg 1926. Recht der Schuldverhältnisse. 18.—22. Aufl. Marburg 1923. Sachenrecht. 20. u. 21. Aufl. Marburg 1926.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, und Motive dazu. München 1861.
Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse. Art. 786—790 nach den in erster Lesung gefaßten Beschlüssen.
Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse. Art. 727—731 nach der Schlußredaktion in zweiter Lesung. Dresden 1866.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogtum Hessen, und Motive hierzu. Darmstadt 1844.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen nebst allgemeinen Motiven. Dresden 1860.
Fischer, O.: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Berlin und Leipzig 1887.
Fischer-Henle: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 12. Aufl. München 1923.
Fleischmann: In der Kritischen Vierteljahrsschrift. Bd. 31, S. 310 ff.

Foerster: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Bd. 2, 6. Aufl. Berlin 1892.

Friedrichs: Trödelvertrag und Konditionsvertrag. Diss. Breslau 1890.

Gad: Handbuch des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Berlin 1863.

v. Gierke, Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. Bd. 3. München und Leipzig 1917.

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Bd. 18. Erlangen 1816.

Glum: Ueber die Gefahr beim Trödelvertrag nach römischem Recht. Diss. Berlin 1893.

Goldschmidt: In der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 33, S. 491. 1886.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1, 3. Aufl. Berlin 1921.

Goltdammer's Archiv. Bd. 10, S. 253 ff. Berlin 1868.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Preußischen Rechts. Bd. 12. Berlin 1868.

Haubold: Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts. 3. Aufl. Leipzig 1848.

Hecht: In der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 12, S. 319 ff.

Hedemann: Schuldrecht. 1921.

Hellmann: In der Kritischen Vierteljahrsschrift. Bd. 90, S. 434 ff.

Hirschberg: Der contractus aestimatorius und seine Beziehungen zum buchhändlerischen Konditionsgeschäft und zur Verkaufskommission. Diss. Göttingen 1897.

Hoeniger-Cahn: Handelsrechtliche Aktenstücke. Mannheim, Berlin-Leipzig 1922.

Höpfner: Kommentar zu den Institutionen. 8. Aufl. Frankfurt 1833.

Ihering: Kritisches und exegetisches Allerlei. In den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 15. Jena 1877.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. Bd. 1, 5. Aufl. Berlin 1916.

Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1912, S. 585.

Koch, C. F.: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Kommentar. 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1883.

— Das Recht der Forderungen. Bd. 3, 2. Ausgabe. Berlin 1859.
Koch, Paul: Der gemeinrechtliche contractus aestimatorius und das moderne Kommissionswarengeschäft. Diss. Leipzig 1906.
Koch, Robert: Die rechtliche Natur des Trödelvertrags. Diss. Straßburg 1892.
Koechy: Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Zivilgelahrtheit. Bd. 1, S. 168 ff. Leipzig 1795.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. 5. Aufl. 1923.
Krainz-Pfaff-Ehrenzweig: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 2, 1. Hälfte (Recht der Schuldverhältnisse). 6. Aufl. Wien 1920.
Lang: Kritische Beleuchtung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern. Heft 2. München 1862.
Langen: Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften. Marburg 1900.
Laufenberg: Der Trödelvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1905.
Leist: Mancipation und Eigentumstradition. Jena 1865.
Liebert: Beiträge zur Lehre vom contractus aestimatorius. Diss. Berlin 1890.
Liesching: Bericht über die Frage, auf wessen Gefahr Disponenden etc. lagern. Stuttgart 1845.
Lipp: Beitrag zur Lehre vom Trödelvertrag. Diss. Heidelberg 1880.
Marwege: Der contractus aestimatorius nach römischem und heutigem Recht unter besonderer Berücksichtigung des buchhändlerischen Konditionsvertrags. Diss. Rostock 1903.
Matthiae: Controversenlexikon des römischen Zivilrechts. Leipzig 1856.
Merkel: Der Trödelvertrag, in Weiske's Rechtslexikon. Bd. 11, S. 537 ff. Leipzig 1857.
Michaelis: Der Trödelvertrag. Diss. Erlangen 1900.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 2. Berlin 1888.
Mühlenbruch: Lehrbuch des Pandektenrechts. Teil 2, Buch 3, 3. Aufl. Halle 1839.
Neuschler: Zur Lehre von den aestimatorischen Rückgabeverträgen im römischen Recht. Diss. Tübingen 1899.

Nußbaum: Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht. Berlin 1917.
Oertmann: Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1910.
Preußisches Allgemeines Landrecht, I, 11, §§ 511—526.
Puchta: Lehrbuch der Pandekten. 11. Aufl. Rev. v. Rudorff. Leipzig 1877.
Regelsberger: Der Trödelvertrag, in Holtzendorffs Rechtslexikon, Bd. 3, 2. Hälfte, 3. Aufl. 1881.
R. G. Str., Bd. 3, S. 150 ff.
R. G. Z., Bd. 45, S. 80 ff.; Bd. 35, S. 77 ff.; Bd. 31, S. 392.
Reinhold: Der Trödelvertrag. Studie. Wien 1884.
Rümelin, M.: Selbstkontrahieren des Stellvertreters. Freiburg i. Br. 1888.
Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. 3. 1865, §§ 1291 ff.
v. Schey: Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserreich Oesterreich. 20. Aufl. Wien 1916.
Seuffert's Archiv: Bd. 11, S. 216 ff. Erk. des O. A. G. zu Lübeck vom 30. 1. 1856.
Schneemann: Zur Lehre von der Entwicklung und der Natur des contractus aestimatorius. Diss. Erlangen 1897.
Schreuer: Deutsches Privatrecht. Stuttgart 1921.
Schulz: Beitrag zur Erkenntnis der Quellen und der Lehre vom contractus aestimatorius. Diss. Leipzig 1904.
Schürmann: Die Usancen des deutschen Buchhandels und der ihm verwandten Geschäftszweige. 2. Aufl. Halle 1881.
Schweppe: Das römische Privatrecht. Bd. 3, Buch 2. Göttingen 1831.
Siebenhaar: Lehrbuch des sächsischen Privatrechts. Leipzig 1872.
Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2, 3. Aufl. 1868.
Sohm: Institutionen. 17. Aufl. München und Leipzig 1923.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 12. u. 13. Aufl. Berlin und Leipzig 1926. Bd. 2. 11. Aufl. (2. Halbbd.) 1921.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 9. Aufl. 1925. Schuldverhältnisse. 7. u. 8. Aufl. 1912. Sachenrecht. 9. Aufl. 1926.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 2. 12. u. 13. Aufl. Tübingen 1926.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 3, 3. Aufl. Berlin 1898.
Strempel, H. L.: Ueber die iusta causa bei der Tradition. Wismar und Ludwigslust 1856.
Titze: Bürgerliches Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1923.
Wächter: In der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 2, S. 479 ff. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verleger und dem Sortimentsbuchhändler.
Weidling: Das buchhändlerische Konditionsgeschäft. Diss. Gießen 1885.
Wendt: Rechtssatz und Dogma, Theorie und Praxis in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 22. N. F. Bd. 10. Jena 1884.
v. Wening-Ingenheim: Lehrbuch des Zivilrechts. Bd. 2, Buch 3, 5. Aufl. München 1837.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt 1909.
Wohlfarth: Der Trödelvertrag. Diss. Göttingen 1890.
Wolff, M.: Festgabe für R. Koch.
v. Zwehl: Der Trödelvertrag nach gemeinem und deutschem bürgerlichen Recht. Diss. Bonn 1908.
Haymann, Fr.: Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung. 1919, Bd. 40, S. 167 ff. 1920, Bd. 41, S. 44 ff.

Einleitung.

§ 1.

Das Wesen und die wirtschaftliche Bedeutung des Vertriebsvertrags, insbesondere die Bedeutung seiner dinglichen Rechtslage.

In unserer Verkehrswirtschaft wird ein wirtschaftliches Gut vom Produzenten dem Konsumenten nicht selten dadurch vermittelt, daß sich eine Zwischenperson einschiebt, welche, ohne das Absatzrisiko zu tragen, bemüht ist, die Ware an den Konsumenten abzusetzen. Hierbei begegnen wir dem Vertriebsvertrag, wie Hedemann[1]) diese Form nennt. Er versteht darunter die Verträge, bei denen einem anderen seitens eines Lieferanten Sachen zum Vertrieb mit der Bestimmung übergeben werden, daß dieser nach Ablauf einer Frist entweder die Sache zurückgibt, die er also bei seinen Kunden nicht untergebracht, nicht vertrieben hat, oder einen von vornherein festgesetzten Preis dafür bezahlt, der unabhängig von dem Erlös ist, den er seinerseits bei seinen Kunden erzielt. Dieser Vertriebsvertrag ist nichts anderes als der sogenannte Trödelvertrag, dem man seit dem Mittelalter nach der Ueberschrift der D. 19. 3. auch contractus aestimatorius

1) Hedemann, Schuldrecht, § 13, S. 114.

nennt. Die herrschende Meinung nimmt an, daß dieser Titel vom Trödelvertrag handelt [2]).

Eine weitere Erscheinungsform des Vertriebsvertrags ist der sog. buchhändlerische Konditionsvertrag, der eine handelsrechtliche Weiterbildung des Trödelvertrags ist [3]). Der Normalfall dieses Vertrages ist der, daß der Verleger dem Sortimenter Bücher zum Verkauf mit der Bestimmung übergibt, daß dieser dieselben entweder ordnungsmäßig zurückerstattet oder sie bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, beispielsweise bis zur Ostermesse zum angesetzten Preise bezahlt. Dieses Geschäft enthält also die wesentlichen Charakterzüge des Trödel- bezw. Vertriebsvertrags, so wie ihn Hedemann konstruiert, nämlich einmal die Uebergabe einer res vendenda an den Empfänger, also einer Sache, die dieser verkaufen, vertreiben soll und weiter die Bestimmung, entweder die Ware zurückzugeben oder die festgesetzte Summe zu erbringen. Außerdem hat das buchhändlerische Konditionsgeschäft noch seine besonderen usancemäßigen Eigentümlichkeiten, die zum größten Teil in der buchhändlerischen Verkehrsordnung vom 20. Mai 1910 niedergelegt sind.

---

2) Dernburg, Röm. R., § 377, Pand. 2, § 120; Windscheid, Pand.2, § 383. Vgl. auch Cohn, a. a. O., S. 1, und Michaelis, S. 11 f., die diese Frage eingehend erörtern. A. A. Brinz, a. a. O., S. 42 f., und Ihering, Jahrb. f. Dog., Bd. 15, S. 384.

3) So richtig Crome, B. R. 2, § 273; ähnlich Buhl, a. a. O., S. 180; Dernburg, Röm. R., § 377, Pand. 2, § 120; Windscheid, Pand. 2, § 383, Anm. 14; Baron, Pand., § 307, IV, Note 13; Brinkmann, Handelsrecht, § 105, Note 3; Friedrichs, a. a. O., S. 34; Hirschberg, a. a. O., S. 80; Liebert, a. a. O., S. 3; Marwege, a. a. O., S. 66; Michaelis, a. a. O., § 10, u. A. Doch wird das von vielen bestritten; vgl. insbes. Wächter, a. a. O., S. 494; Weidling, a. a. O., S. 123 f., Otto v. Gierke, D. Pr.-R., § 195, II.

Der Vertriebsvertrag spielt aber nicht nur im Buchhandel in der Form des buchhändlerischen Konditionsgeschäfts eine große Rolle, sondern hat auch, wie bereits angedeutet, sonst im modernen Wirtschafts- und Erwerbsleben eine sehr wichtige stets steigende Bedeutung gewonnen. Wir finden diese Vertragsform sehr verbreitet im Uhren-, Gold- und Silberwarengeschäft, im Kunst- und Luxushandel (Juwelenhandel), bei An- und Verkauf von Gemälden, Stichen, Kunstdrucken, Bildern usw. Vertriebsverträge werden ferner häufig im Apotheken-, Drogerie- und Konfektionsgeschäft abgeschlossen, insbesondere, wenn es sich um neu auftauchende Artikel handelt, über deren Absatzfähigkeit noch Ungewißheit herrscht [4]). Derartige Verträge bestehen zuweilen in Norddeutschland zwischen Bäckern und Brotausträgern [5]). Ebenso bewegt sich der in Norddeutschland sehr ausgebreitete Flaschenbierhandel sehr oft in den Formen dieses Vertrages [6]). Ferner seien erwähnt die Verträge mit Zeitungs- und Blumenverkäufern, die Geschäfte zwischen Konditoren und Eis- und Backwarenverkäufern, zwischen Brauereien und Bierfahrern, die Verträge mit umherziehenden Trödlern, Kolporteuren und Tabulettkrämern [7]). Das Anwendungsgebiet des Vertriebsvertrags erstreckt sich weiter auf die zahlreichen Geschäfte im Börsen- und Bankverkehr, z. B. auf den von Liebert [8]) erwähnten Fall, daß ein Konsortium von Bankiers die sämtlichen Wertpapiere einer zu emittierenden Anleihe erhält, um sie zu verkaufen und dafür entweder einen

---

4) Schneemann, a. a. O., S. 12; Michaelis, a. a. O., S. 1.

5) R.G.St., Bd. 3, S. 150 ff.

6) Schneemann, a. a. O., S. 12.

7) P. Koch, a. a. O., S. 29.

8) Liebert, a. a. O., S. 5; vgl. auch Schneemann, S. 12.

bestimmten Preis zu bezahlen oder die unverkauften Stücke zurückzugeben.

Meistens wird sich der Vertriebsvertrag auf bewegliche Sachen beziehen. Doch liegt kein Anlaß vor, ihn darauf zu beschränken [9]). Auch Immobilien können, soweit sie in commercio sind, sehr wohl Gegenstand dieses Vertrages sein [10]), und dafür bietet das tägliche Leben tatsächlich Beispiele genug [11]). Weiter können auch derartige Verträge über Rechte abgeschlossen werden, insbesondere Patentrechte, Uebersetzungsrechte, Aufführungsrechte, sowie über Gerechtigkeiten und Prozesse. Liebert [12]) erwähnt noch Engagementverträge findiger Impresarios und ihrer Primadonnen. Diese Beispiele zeigen, daß man den Ausdruck „rem vendendam dare" nicht zu eng und vor allem nicht wörtlich nehmen darf.

Als Ergebnis vorstehender Ausführungen läßt sich kurz sagen, daß alles, was einen Tauschwert hat, auch Gegenstand von Vertriebsverträgen sein kann [13]). Wenn

9) Gegenstand der Leistung ist nach den Quellen eine „res" (vgl. l. 1 pr. D. 19, 3; l. 13 pr. D. 19, 5), kann also jede Sache sein; daß die Römer eine bewegliche Sache voraussetzten, läßt sich nicht beweisen. Vgl. auch BGB., § 90; danach rechnet das BGB. zu den Sachen auch Grundstücke.

10) Dernburg, B.R., § 348; P. Koch, a. a. O., S. 19; Friedrichs, S. 19; Liebert, S. 5, Anm. 1; Seufferts Archiv, Bd. 34, S. 56; Michaelis, S. 10. A. A. Sintenis, Gem. ZivR., II, § 117; Gruchot, Bd. 12, S. 152; Weidling, S. 126; Oesterr. b. GB., § 1086; Sächs. b. GB., § 1291; Wohlfahrth, a. a. O., S. 1; Marwege, a. a. O., S. 24 f.; P. R. Schulz, a. a. O., S. 82. Siehe auch A. L. R., I, 11, § 525; Bayr. Entwurf, Art. 392, und Hess. Entw., Art. 320.

11) Vgl. auch S. 66 f.

12) Liebert, a. a. O., S. 6.

13) So auch P. Koch, a. a. O., S. 19. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Liebert, S. 5, wenn er sagt, daß alles, was sich verkaufen, sich auch vertrödeln lasse.

trotzdem noch manche Schriftsteller[14]) behaupten, unser Vertrag spiele in der Praxis nur noch eine geringe Rolle, da er in der Hauptsache nur im Kleingewerbe des Hausierers und Altwarenhändlers abgeschlossen werde, so ist diese Ansicht, wie sich aus der obigen nicht erschöpfenden, sondern nur beispielsweisen Aufzählung seiner Verbreitung in den verschiedenen Gewerben ergibt, irrig; auch wird gerade mit dem Trödler im Sinne des § 35 G.O. dieser Vertrag heute nur noch selten getätigt werden, weil diese Leute wegen ihrer Armut meist zu wenig Kreditfähigkeit besitzen, als daß ihnen jemand Sachen zum Verkauf anvertrauen würde. Richtig ist allerdings, daß sonst im modernen Handel und Verkehr kaum ein Vertrag unter dem Namen „Trödelvertrag" abgeschlossen wird, weil dieser Bezeichnung der Beigeschmack des Handelns mit minderwertigen Gegenständen gegeben wird, und man sie daher ängstlich vermeidet[15]). Dennoch genießt diese Vertragsart im Verkehr weite Verbreitung. Die Uebersicht wird dadurch erschwert, daß sehr viele derartige Verträge fälschlich unter dem Namen „Kommission", „Agentur" oder unter ähnlichen Bezeichnungen getätigt werden, die nichts anderes als unseren Vertrag darstellen[16]) [17]). Dadurch wird natürlich eine gewisse Verkehrsunsicherheit hervorgerufen, da nach Abschluß solcher Verträge leicht Streit über die Auslegung derselben entstehen kann. Dieser Zu-

---

14) v. Zwehl, a. a. O., S. 56 f.; Merkel, a. a. O., S. 537; Reinhold, a. a. O., S. 27.

15) Vgl. auch Motive z. Entw. d. BGB. II, S. 517; Endemann, B.R., § 163.

16) Nußbaum, Tatsachen u. Begriffe im dtsch. Kommissionsrecht, § 5, Ib; Friedrichs, a. a. O., S. 2; Schneemann, a. a. O., S. 11; Marwege, a. a. O., S. 15.

17) Denn sie tragen nicht die Merkmale der Kom-

stand wird nicht vorher beseitigt werden können, bis nicht das Verkehrsleben für diese Vertragsform eine Bezeichnung akzeptiert hat. An Vorschlägen fehlt es in dieser Richtung nicht. Beispielsweise prägt Paul Koch[18]) das Wort „Kommissionswarengeschäft" für den Trödelvertrag. Dieses ist aber einerseits zu weit gefaßt, indem der Laie darunter auch die Verkaufskommission verstehen muß, andererseits zu eng, als dadurch ausgedrückt zu sein scheint, als ob nur das „Vertrödeln" von beweglichen Sachen darunter fällt. Am meisten wird der Vorschlag Hedemanns „Vertriebsvertrag" den Anforderungen, die der Verkehr an die Bezeichnung stellt, entsprechen, zumal da sie zugleich die Zweckbestimmung des ganzen Vertrages gut wiedergibt, nämlich daß der Empfänger die ihm übergebene Ware verkaufen, vertreiben soll. Dies schließt natürlich nicht aus, daß vielleicht ein noch passenderer Begriff gefunden wird und sich durchsetzen kann. Denn es soll nicht verkannt werden, daß eine zweifelsfreie Bestimmung auch mit dieser Bezeichnung nicht gefunden ist. Diese Bezeichnung gibt leicht dem Irrtum Raum, daß auch die Verkaufskommission, da sie ebenfalls das charakteristische Merkmal des vendendum dare besitzt, darunter falle. Das ist aber abzulehnen; denn andernfalls hätten wir nichts als einen Oberbegriff für die Verkaufskommission und den Trödelvertrag gewonnen. Damit wäre uns aber keineswegs geholfen, da wir uns dann nach wie vor,

---

mission, nämlich des Ankaufs oder Verkaufs von Waren oder Wertpapieren durch einen Kaufmann im eigenen Namen für Rechnung eines andern gegen Provision, oder der Agentur, nämlich einer Vermittlung von Handelsgeschäften durch einen Kaufmann für das Handelsgewerbe eines anderen bezw. eines Abschlusses von Handelsgeschäften im Namen eines anderen gegen eine Provision.

18) P. Koch, a. a. O., S. 60.

wenn wir einen dieser Verträge meinen, des unbeliebten Ausdrucks „Trödelvertrag" bedienen müßten. Doch diese Ungenauigkeit werden wir als das kleinere Uebel mit Rücksicht auf die großen Vorteile einer neuen Bezeichnung für den Trödelvertrag in Kauf nehmen müssen. Es wäre daher begrüßenswert, wenn sich die Bezeichnung „Vertriebsvertrag" im modernen Wirtschafts- und Erwerbsleben einbürgern würde.

Welches ist nun der Grund dafür, daß unser Vertriebsvertrag ein so großes Anwendungsgebiet gefunden hat und im Verkehr so überaus häufig vorkommt? Er wird einmal in der großen wirtschaftlichen Bedeutung dieses Rechtsverhältnisses für den Lieferanten zu finden sein. Diese Einrichtung enthebt ihn der mühevollen und kostspieligen Kleinarbeit des Vertriebs, des Aufsuchens und Bearbeitens des Publikums [19]). Freilich ist er dafür mit dem ganzen Risiko belastet, daß die Ware von dem Empfänger nicht abgesetzt werden kann, sie also auf ihm „sitzen" bleibt [20]). Doch wird dieses Risiko nicht allzu groß sein, weil sich der Empfänger im allgemeinen, da er ja ein sehr erhebliches Interesse am Verkauf der Sache mit Rücksicht auf seinen eigenen Gewinn hat, die größte Mühe geben wird, die Ware los zu werden. Jedenfalls werden sich hier eventuelle Verluste, die durch mangelnde Tätigkeit des Empfängers und aus anderen Gründen entstehen, bei weitem bezahlt machen durch die großen wirtschaftlichen, besonders pekuniären Vorteile, die diese Vertragsform für den Lieferanten mit sich bringt. Auch der Empfänger wird sich gern dieses Vertrages bedienen, einmal, wenn ihm wegen Kapitalknappheit nicht die Mittel zur Anschaffung der Ware zur Verfügung stehen, andererseits weil er hierbei nicht das

---

19) Hedemann, a. a. O., § 13.
20) Hedemann, a. a. O., § 13.

Risiko der Unverkäuflichkeit und der Preisminderung der Sache eingeht; denn in der Regel braucht er sie nicht auf eigene Rechnung anzuschaffen; er kann sie also, wenn er sie nicht mit Gewinn verkaufen kann, an den Lieferanten zurückgeben.

Der Vertriebsvertrag bietet also beiden Teilen, dem Lieferanten des Gegenstandes und dem Empfänger desselben, außerordentlich große wirtschaftliche Vorteile, so daß es nicht ausgeschlossen ist, daß dieses Rechtsverhältnis in Zukunft noch weiteren Boden gewinnt, daß damit auch die rechtliche Bedeutung dieses Vertragstypus steigt, und die Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Regelung besonders fühlbar und ihr dann auch vom Gesetzgeber entsprochen wird.

Dies und die schon jetzt vorhandene wirtschaftliche Bedeutung unseres Vertrages rechtfertigen es, in dieser Abhandlung eine der wichtigsten Kontroversen im gemeinen Recht, die dingliche Rechtslage bei diesem Rechtsinstitut, über die auch in der neueren Literatur, so weit man nicht einfach mit ein paar kurzen Sätzen darüber hinweggeht, manche Zweifel bestehen, neu aufzurollen und diese Frage vom modernen Rechtsstandpunkt aus zu untersuchen. Mit Rücksicht auf die Folgerungen, die von der Rechtsordnung an die Lagerung des Eigentums geknüpft werden, kommt der dinglichen Rechtslage beim Vertriebsvertrag eine ganz besondere praktische Bedeutung zu. Diese dingliche Rechtslage hat es, um eine Klarstellung dieses Begriffes herbeizuführen, damit zu tun, ob, wann und unter welchen Voraussetzungen der Eigentumsübergang vom Lieferanten auf den Empfänger sich vollzieht. Bevor jedoch diese Frage der Betrachtung unterzogen werden kann, ist es erforderlich, die allgemeinen Rechtsbeziehungen der Parteien klar zu stellen, also auch die schuldrechtlichen Beziehungen näher zu untersuchen.

Ausführung.

I. Teil (Vorbereitender Teil).

§ 2.

Kurze Behandlung der wichtigsten schuldrechtlichen Beziehungen beim Vertriebsvertrag.

Schon die römischen Juristen haben sich eifrig bemüht, die rechtliche Natur unseres Vertrages [21]) zu erforschen, und bis zur heutigen Zeit hat man sich ununterbrochen mit dieser Frage beschäftigt, ohne daß es gelungen wäre, zu einem einheitlichen Ergebnis zu gelangen. Die Meinungsverschiedenheiten hierüber rühren daher, daß man keine Uebereinstimmung über die wesentlichen Bestandteile dieses Vertrages erzielen konnte. An den Digestenstellen hatte man in dieser Hinsicht nur einen geringen Anhalt, da sie sich sehr unklar ausdrücken. Auch in folgendem muß kurz auf die Frage nach den essentialia [22]) beim Vertriebsvertrag eingegangen und hierbei die wichtigsten Kontroversen, die in dieser Beziehung bestehen, gestreift werden, um daraus bestimmte Schlüsse für die Rechtsnatur unseres

---

21) Nach der herrschenden Meinung wird er in folgenden Digestenstellen behandelt: l. 1 D. 19,3; l. 17 § 1 D. 19,5; l. 13 pr. D. 19,5; l. 44 D. 17,2.

22) Essentalia oder wesentliche Bestandteile sind diejenigen Merkmale, die bei einem Vertragstypus vorliegen müssen, damit überhaupt ein Vertrag gerade dieser Art vorliegen kann.

Vertrages ziehen zu können. Am besten wird man hierbei zur Erläuterung derselben die Digestenstellen, die sich auf den Vertriebsvertrag beziehen, heranziehen.

Zunächst ist für den Vertriebsvertrag wesentlich die Festsetzung einer aestimatio, d. h. es muß die Summe bestimmt sein, die der Empfänger bei nicht erfolgender Rückgabe des Gegenstandes für diesen zu leisten hat. Das ist herrschende Meinung in der Literatur wie in den Partikularrechten [23]). Anderer Meinung sind Reinhold [24]) und Wendt [25]), die die aestimatio für nicht wesentlich halten. Reinhold stützt seine Ansicht darauf, daß der Vertriebsvertrag ein suspensiv bedingter Kauf sei [26]). Er stellt allerdings ganz richtig fest, daß bei einem solchen Vertrag die vorherige Festsetzung eines bestimmten Preises nicht erforderlich ist, da er mit oder ohne hinzugetretene aestimatio doch immer derselbe Vertrag bleibt. — Wendt behauptet richtig, daß eine aestimatio nicht nur beim Vertriebsvertrag sondern auch bei anderen Verträgen vorkomme, also kein charakteristisches Merkmal dieses Vertrages sein könne. Daraus zieht er aber den Schluß, dem wir nicht folgen können, daß sie folglich auch kein essentiale des Vertriebsvertrags sondern nur ein allerdings häufig vorkommendes naturale negotii, ein pactum adiectum zum Hauptvertrag sein könne.

Wendt verwechselt hier charakteristische Merkmale und essentielle eines Vertrags. Es folgt doch

---

23) Dernburg, Röm. R., § 377; Windscheid, 2, a. a. O., § 383; Crome, B. R., § 273; Sintenis, a. a. O., § 117; Chambon, a. a. O., S. 56; v. Zwehl, S. 34 ff.; A. L. R., I, 11, §§ 511, 512, 523. Vgl. auch Oesterr. b. GB., §§ 1086, 1088. Cod. Bav., 4, 12, § 4, Sächs. b. GB., § 1291.

24) Reinhold, a. a. O., S. 11 f.

25) Wendt, a. a. O., S. 379 ff.

26) Siehe dazu aber die Ausführungen auf S. 24.

noch nicht daraus, daß ein Vertragsmerkmal nicht charakteristisch für ihn ist, daß es der Natur des Vertrags nicht wesentlich ist. — Unsere Auffassung von der essentiellen Natur der aestimatio beim Vertriebsvertrag findet einmal einen gewissen Anhalt in den Quellen insofern, als dieselben ausdrücklich von „res aestimata" „aestimationem" und „margarita aestimata" sprechen. Vgl. l 1 D 19,3 und l 17 § 1 D 19,5. Auch in l 13 pr. D 19,5 und l 44 D 17,2 wird auf eine vorherige Preisfestsetzung hingewiesen.

Weiter hätten wohl die Römer, wenn sie die aestimatio für nicht wesentlich beim Vertriebsvertrag gehalten hätten, auch nicht die actio aestimatoria (andere Lesart ist: actio de aestimato), die sie eigens für diesen Vertrag schufen[27]), danach benannt, da doch die aestimatio auch bei anderen Verträgen vorkommt. Damit haben sie doch augenscheinlich den Schwerpunkt des Vertrags in die aestimatio verlegt wissen wollen.

Die aestimatio stellt sich aber auch insbesondere aus inneren Gründen als wesentlich dar. Gibt doch gerade die aestimatio beim Vertriebsvertrag dem Em-

---

27) Dies ist aber bestritten. Insbesondere Brinz, a. a. O., S. 42 ff., und Ihering, a. a. O., S. 384 ff., folgern aus ihrer Emendation der Worte „aliquam actionem" in der Stelle „quotiens enim de nomine... actionem" in l. 1 pr. D. 19,3 in „aestimationem", daß es im römischen Recht eine allgemeine actio de aestimato gegeben habe, welche stets da zur Anwendung gelangt sei, wo man eine Sache mit der alternativen Verpflichtung hingegeben habe, entweder die Sache zurückzugeben oder ihre aestimatio zu bezahlen. Ich möchte diese Ansicht ablehnen, weil kein Grund vorhanden ist, daß die Römer für solche Fälle eine besondere Klage gaben. Bei benannten Verträgen dieser Art konnte doch ohne weiteres die betreffende actio und bei unbenannten die hier übliche actio praescriptis verbis verwendet werden. Siehe weitere Gegengründe insbes. bei Cohn, a. a. O., S. 8 ff.

pfänger an, wie hoch er den Gegenstand verkaufen kann, ohne daß er dabei einen Schaden hat, bezw. um seinen Verdienst kommt. Denn beim Vertriebsvertrag hat er nur die von vornherein bestimmte Summe zu bezahlen, kann also den betreffenden Gegenstand für eigene Rechnung verwerten, und das ist es gerade, was nach unserer Auffassung vom Wesen des Vertriebsvertrags diesen von der Verkaufskommission bezw. vom Mandat unterscheidet. Wenn eine aestimatio nicht festgesetzt ist, so kann das für den Empfänger nur heißen, daß er bestmöglichst verkaufen solle. Denn nach § 316 BGB. kann der Lieferant im Zweifel, wenn der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt ist, die Leistung festsetzen. Dadurch aber würde Kommission bezw. Mandat entstehen. Allerdings kann auch bei diesen Vertragstypen eine bestimmte aestimatio gesetzt werden. Doch will diese hier nur dem Kommissionär bezw. Mandatar die Grenze angeben, unter der er die Ware nicht absetzen darf, gibt ihm also nicht wie die aestimatio beim Vertriebsvertrag das Recht, sich durch Bezahlung derselben von seiner Verpflichtung zu befreien. Vielmehr hat hier der Empfänger immer den Mehrerlös, den er über die aestimatio erzielt, an den Auftraggeber herauszugeben (ausgenommen beim Selbsteintritt des Kommissionärs).

Als weiteres Vertragsessentiale wird von der herrschenden Meinung [28]) angenommen, daß der Empfänger die Alternativ-Obligation eingeht, entweder den bestimmten Preis zu bezahlen oder den Gegenstand zu-

---

28) Vgl. insbes. Crome, B.R., § 273, S. 716, Nr. 4; Brinz, a. a. O., S. 18; Friedrichs, a. a. O., S. 6; Wohlfahrth, a. a. O., S. 7; Liebert, a. a. O., S. 16; Hirschberg, a. a. O., S. 40; Cohn, a. a. O., S. 20; R. Koch, a. a. O., S. 21; Marwege, a. a. O., S. 20 f. und 86; Schulz, a. a. O., S. 64.

rückzugeben. Diese Ansicht wird regelmäßig[29]) damit begründet, daß die Quellen[30]) von einem reddere aut rem aut aestimationem sprächen, also beide Leistungen gleichstellten. Daraus folge, daß wenn eine Leistung geschuldet werde, dies auch bei der anderen der Fall sein müsse.

Eine derartige Folgerung ist unbegründet, da von einer Verpflichtung, entweder die eine oder die andere Leistung zu erbringen, in den Quellen nichts gesagt ist[31]). Auch im täglichen Leben wird z. B. ein bedingter Kauf oft in diese Form gekleidet: „Du sollst entweder ..... oder". Trotzdem sind sich hier die Parteien und bei einer gerichtlichen Austragung des Streits auch die Richter vollkommen im Klaren darüber, daß eine Alternativ-Obligation nicht vorliegt, sondern nur dem Käufer das Recht der Sachrückgabe eingeräumt ist[32]). Selbst wenn man aber aus 1 1 D 19,3 und 1 17 § 1 D 19,5 eine Alternativ-Obligation herleiten zu können glaubt, so ist doch zu beachten,, daß das corpus iuris nur eine Fallsammlung ist und nicht den Niederschlag einer gesetzgeberischen Regelung darstellt. So sprechen denn auch 1 13 pr. D 19,5 und 1 44 D 17,2, die doch nach herrschender Meinung auch den Vertriebsvertrag betreffen, nur von der bloßen Verpflichtung des Empfängers zur Preiszahlung und nicht von einer solchen zur Sachrückgabe.

Warum soll man ferner beim Vertriebsvertrag dem Lieferanten ein Wahlrecht einräumen, das doch auch weder der Mandant beim Mandat noch der Kommittent bei der Verkaufskommission besitzt? Der Hauptzweck aller dieser Verträge ist doch der, daß der Geber die

---

29) Vgl. insbes. Marwege, a. a. O., S. 20.

30) l. 1 D. 19,3 und l. 17 § 1 D. 19,5.

31) So auch P. Koch, a. a. O., S. 13, und v. Zwehl, a. a. O., S. 40.

32) Vgl. auch v. Zwehl, a. a. O., S. 40 f.

aestimatio erhält. Wenn er die Ware zurückerhält, so ist das meistens sein eigener Schaden. Er hat also in der Regel gar kein Interesse daran, den Empfänger noch besonders zur Rückgabe zu verpflichten [33]). Besteht ein solches aber doch einmal ausnahmsweise, so steht dem nichts im Wege, daß sich der Geber das erwähnte Wahlrecht einräumen läßt. Doch würde unser Vertrag kein anderer Vertragstypus durch eine solche Vereinbarung der Parteien werden. — An sich schuldet also der Empfänger in der Regel nur die aestimatio, doch besteht für ihn auch genau so wie bei der Verkaufskommission eine facultas alternativa, event. die Sache zurückzugeben [34]).

Dieses Recht des Empfängers kann aber von vornherein nicht ausgeschlossen sein [35]); denn dann hätten wir es nicht mehr mit unserm Vertriebsvertrag zu tun, sondern es würde ein kaufähnliches Geschäft mit der Nebenabrede vorliegen, daß der Käufer (Empfänger) sich um den Weiterverkauf des Gegenstandes bemühen

---

33) Dieses sei P. Koch, a. a. O., S. 13 entgegengehalten, der, indem er beim Vertriebsvertrag den sog. Berechtigungs- und den sog. Verpflichtungsfall unterscheidet, bei ersterem eine facultas alternativa, bei letzterem eine Wahlschuld annimmt.

34) So auch insbes. Endemann, B.R., § 163, S. 1022, Anm. 23; v. Zwehl, a. a. O., S. 40 ff.; Reinhold, a. a. O., S. 26. Damit sind auch die alten Zweifel, ob das buchhändlerische Konditionsgeschäft wegen seiner angeblichen facultas alternative unter die Vertriebsverträge zu rechnen sei, die doch Verträge mit Alternativ-Verpflichtung des Empfängers seien, beseitigt. Vgl. z. B. Weidling, S. 130; Buhl, a. a. O., S. 156 ff.

35) Dem steht aber nicht im Wege, daß zwischen den Parteien vereinbart wird, daß dieses Recht nach einer gewissen Frist erlöschen solle, und Empfänger sich dann nur noch durch Bezahlung der aestimatio befreien könne. Vgl. über diese von uns als Selbsteintrittsverpflichtung bezeichnete Form näheres auf S. 83.

müsse. Dieses Ergebnis würde keinen rechten Sinn geben. So bringen es denn auch die Quellen zum Ausdruck [36]), oder es ist ihnen zu entnehmen [37]), daß der Empfänger den Gegenstand zurückgeben kann.

Das zweite essentiale beim Vertriebsvertrag ist also nur die Verpflichtung des Empfängers, für den Fall der Nichtrückgabe des Gegenstandes die aestimatio zu bezahlen, und das Recht desselben, evtl. den Gegenstand zurückzugeben.

Als weiteres Begriffsmerkmal unseres Vertrags wird dem Empfänger überwiegend das Recht auf den Mehrerlös, d. h. das Recht, den durch Verkauf des Gegenstandes über die aestimatio erzielten Ueberschuß für sich zu behalten, zuerkannt [38]). Das folgt ohne weiteres daraus, daß der Empfänger auf alle Fälle von jeder Verpflichtung frei sein soll, wenn er die vereinbarte aestimatio bezahlt. Dieses Recht auf den Mehrerlös ist somit durch den Inhalt unseres Vertrags geschaffen [39]) und beruht nicht auf dem Weiterverkauf des Gegenstandes durch den Empfänger an den Dritten, wie einige irrtümlich annehmen [40]). Der Weiterverkauf dient nur zur Realisierung des durch Abschluß

---

36) l. 1 D. 19,3; l. 17 § 1 D. 19,5.

37) l. 13 pr. D. 19,5; l. 44 D. 17,2.

38) Motive zum BGB., II, S. 516; Crome, B.R., § 273, S. 714; Windscheid, 2, a. a. O., § 383; Dernburg, Pandekten 2, § 120, S. 330, B.R. 2, § 348, S. 513; Liebert, a. a. O., S. 11; R. Koch, a. a. O., S. 1; Wohlfahrth, a. a. O., S. 6; Schulz, a. a. O., S. 68. A. A. v. Zwehl, a. a. O., S. 41; Marwege, a. a. O., S. 23 f.; Reinhold, a. a. O., S. 30, und Hirschberg, a. a. O., S. 51 f.

39) Vgl. auch die römischen Quellen, insbes. l. 13 D. 19,5 und l. 44 D. 17,2.

40) v. Zwehl, a. a. O., S. 41; Marwege, a. a. O., S. 23; Reinhold, a. a. O., S. 30, u. Hirschberg, a. a. O., S. 51 f.

des Vertriebsvertrags erlangten Rechts auf den Mehrerlös [41]).

Dieses Recht auf den Mehrerlös kann allerdings insofern beschränkt sein, als der Empfänger unter Umständen gegenüber seinem Lieferanten oder auch gegenüber dem Verband [42]), dem er angeschlossen ist, verpflichtet ist, einen bestimmten Ladenpreis einzuhalten, und daß er bei Umgehung dieser Bestimmung eventuell eine Strafe verwirkt. Aber auch in diesen Fällen ist er zur Herausgabe des Mehrerlöses nicht verpflichtet. Derartige Beschränkungen der Gewinnmöglichkeit des Empfängers sind besonders im Buchhandel üblich [43]) [44]).

Betreffs eines weiteren wesentlichen Bestandteils unseres Vertrags, des vendendum dare, der Hingabe eines Gegenstandes zum Verkauf, gehen die Meinungen sehr auseinander. Unbestritten ist heute, daß der Lieferant für den Fall des Zustandekommens des Vertriebsvertrags durch bloßen Konsens, was meistens der Fall sein wird, verpflichtet ist, dem Empfänger den Gegenstand zur Verfügung zu stellen [45]).

---

41) So richtig Schulz, a. a. O., S. 68.

42) So insbes. im Buchhandel.

43) Vgl. auch Arnold, a. a. O., S. 36, und Weidling, a. a. O., S. 81.

44) Das Recht auf den Mehrerlös, das also auch der Sortimenter ebenso wie der Empfänger beim Trödelvertrag hat, ist ebenfalls ein Zeichen dafür, daß das buchhändlerische Konditionsgeschäft ein Trödel- bezw. Vertriebsvertrag ist.

45) Daß der Vertriebsvertrag Konsensual-Vertrag sein kann, dem steht heute nichts mehr im Wege. Denn einmal ist infolge der Vertragsfreiheit der Grundsatz der Unverbindlichkeit des bloßen Versprechens, weswegen unser Vertrag im römischen Recht ein Realvertrag war, hinweggefallen. Und ferner ist eine res zur Begründung einer Obligation aus inneren Gründen, wie das z. B. beim Darlehn, Verwahrungsvertrag, Schenkungsvertrag usw. der Fall ist, beim Vertriebsvertrag nicht erforderlich. Doch kommt er auch noch

Ueber die Bedeutung des vendendum dare ist man sich aber sehr im Unklaren. Die einen nehmen an, daß darunter die Berechtigung des Empfängers, den Gegenstand zu verkaufen, zu verstehen sei [46]). Diese Verkaufsberechtigung ergibt sich aber doch schon ohne weiteres und ganz deutlich aus dem übrigen Vertragsinhalt, insbesondere aus der Höhe der zu zahlenden aestimatio und der Verpflichtung, nur diese und nicht die Sache zu erbringen. Es wäre unverständlich, wenn die römischen Juristen das nochmals durch die Worte „vendendum dare" zum Ausdruck bringen wollten. Weiter wäre aber in der Bedeutung als Berechtigung zum Verkauf das vendendum dare zu allgemein und nichtssagend, um als wesentliches Kennzeichen des Vertriebsvertrags zu dienen [47]). — Unser Vertrag würde bei dieser Auffassung aber folgendermaßen aussehen: Seitens eines Lieferanten wird einem anderen ein Gegenstand zur Verfügung gestellt mit der Verpflich-

---

sehr häufig in der Form des Realvertrags (insbes. beim Buch- und Drogenhandel) vor. Sendet z. B. ein Lieferant einem anderen eine Ware zum Zwecke des Weiterverkaufs unbestellt zu, und nimmt dieser die Ware an, so kommt dadurch ein Realvertriebsvertrag zustande, wenn sonst die Bedingungen dieses Vertrages vorliegen. Vgl. Marwege, a. a. O., S. 79 f.

46) Vgl. insbes. Titze, Schuldverhältnisse, § 45, Nr. 2; Oertmann, Schuldverhältnisse, Vorbem. zu § 652, Nr. 7. Chambon, a. a. O., S. 56, S. 103 f.; Sintenis, a. a. O., § 117, S. 651; Glück, a. a. O., S. 61; Endemann, a. a. O., § 163, S. 1021, Nr. 4; Cosack, BGB., I, 4. Aufl. § 138; Dernburg, Pand. 2, § 120, S. 330, Anm. 5; Marwege, a. a. O., S. 38; R. Koch, a. a. O., S. 5; Arnold, a. a. O., S. 16; Wohlfahrt, a. a. O., S. 6; v. Zwehl, a. a. O., S. 32 f.; Friedrichs, a. a. O., S. 11; Hirschberg, a. a. O., S. 12; Reinhold, a. a. O., S. 9.

47) Diesen Schluß haben nur wenige gezogen. Vgl. Reinhold, a. a. O., S. 6; Hirschberg, a. a. O., S. 11; Friedrichs, S. 10.

tung, daß dieser, falls er ihn nicht zurückerstattet, die dafür vorher bestimmte aestimatio bezahlen soll. Das ist aber ein suspensiv bedingter Kauf, als welchen allerdings einige wenige auch unsern Vertrag ansehen [48]). Bei dieser Konstruktion desselben wäre es doch aber garnicht nötig gewesen, ihn unter einer besonderen Bezeichnung wie z.B. vendendum dare, contractus aestimatorius, Trödelvertrag usw. im Verkehr zu erwähnen, ihn in den bekannten Digestenstellen und Kodifikationen besonders zu behandeln und große Kontroversen über seine rechtliche Natur auszutragen. Aus diesen Gesichtspunkten heraus möchte ich diese sogenannte Berechtigungstheorie [49]) ablehnen.

Eine andere Ansicht vertreten die Anhänger der sogenannten Verpflichtungstheorie [50]). Diese sagen, daß der Empfänger nicht nur nicht zum Verkauf berechtigt sondern auch verpflichtet sei, sich darum zu bemühen; und das sei unter dem vendendum dare zu verstehen.

Diese Meinung halte ich für die richtige und zwar aus folgenden Gründen: Wenn der Empfänger nicht zu irgend welchen Verkaufsbemühungen verpflichtet wäre, so könnte er einfach die Sache mit der Begründung zurückbringen, es habe ihm nicht gepaßt, sie zu verkaufen. Dieses würde aber dem Sinne un-

---

48) Vgl. insbes. Weidling, a. a. O., S. 128; Reinhold, a. a. O., S. 5 u. S. 30; Hirschberg, a. a. O., S. 79.

49) Dieser Ausdruck ist von Marwege, S. 25, geprägt und hat seitdem Verbreitung gefunden. Den Gegensatz dazu bildet die sogen. Verpflichtungstheorie von Marwege.

50) Insbes. Windscheid, 2, a. a. O., § 383, Anm. 11; Merkel, a. a. O., S. 537; Brinz, a. a. O., S. 9; Cohn, a. a. O., S. 45; Liebert, a. a. O., S. 28; Schulz, a. a. O., S. 71 ff.; anscheinend auch Crome, B.R., § 273, S. 714, Anm. 6.

seres Vertriebsvertrags augenscheinlich widersprechen. Gerade die Hingabe zum Zwecke des Verkaufs gibt ihm das charakteristische Gepräge und unterscheidet ihn hauptsächlich vom suspensiv bedingten Kauf [51]). Denn der Lieferant will seine Ware absetzen. Als Käufer kommt aber der Empfänger in der Regel — ausgenommen im Falle der Ausübung des Selbsteintrittsrechts [52]), d. h. wenn er den betreffenden Gegenstand für eigene Rechnung übernimmt, also kaufrechtliche Wirkungen direkt zwischen Geber und Empfänger Platz greifen — nicht in Frage. Daher schließt der Lieferant eben mit dem Empfänger Vertriebsverträge ab, um durch den Verkauf der Waren durch den Empfänger an Dritte zu seinem Gelde zu gelangen. Der Lieferant hat bei Abschluß solcher Verträge sehr häufig den weiteren Zweck im Auge, daß seine Waren im Verkehr eingeführt werden und auf den Markt kommen. Diesen wirtschaftlichen Zweck wird der Lieferant sehr häufig nicht ohne die besondere Verpflichtung des Empfängers zu Verkaufsbemühungen erreichen. Denn es ist nicht immer gesagt, daß sich der Empfänger auch ohne diese Verpflichtung schon durch die Aussicht auf den ihm daraus entspringenden Gewinn um

51) Siehe auch S. 24.

52) Chambon, a. a. O., S. 103 ff., und R. Koch, a. a. O., S. 5, vertreten die Ansicht, daß das Selbsteintrittsrecht des Empfängers die Annahme einer Verkaufsbemühungspflicht desselben ausschließe. Das ist aber keineswegs der Fall. Denn der Lieferant will in erster Linie seine Ware los werden und die aestimatio dafür haben. Daher hat er ein Interesse an einem Tätigwerden des Empfängers. Seinen Zweck erreicht er aber in der Regel ebenso gut, wenn der Empfänger als Käufer eintritt. Infolgedessen erlischt auch im Augenblick des Selbsteintritts die Pflicht des Empfängers weiter tätig zu werden. Vgl. auch das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, der doch auch aus denselben Gesichtspunkten heraus, wie der Empfänger beim Vertriebsvertrag, tätig werden muß.

den Verkauf bemüht[53]). Es lassen sich zahlreiche Fälle denken, daß er daran gar kein Interesse hat[54]).

Und wie liegt es denn bei der Verkaufskommission? Auch hier haben wir doch eine Verkaufsbemühungspflicht des Kommissionärs, trotzdem man hier ebenso gut wie beim Vertriebsvertrag sagen könnte, für den Kommissionär bestehe schon ein genügender Anreiz für Bemühungen in der Aussicht auf die Provision, die er doch nur bei Verkauf der Ware erhält.

Auch die Römer dürfen dem vendendum dare eine besondere Bedeutung[55]) beigelegt haben. Das erhellt daraus, daß sämtliche Stellen des corpus iuris, die sich direkt auf den Vertriebsvertrag beziehen, von einem vendendum dare sprechen[56]). Aus dieser Auffassung heraus behaupten denn auch einige Schriftsteller[57]), daß das „vendendum dare" den Römern so sehr als das dem ganzen Vertrag charakteristische essentiale gegolten habe, daß ihnen dieser Ausdruck den fehlenden Eigennamen ersetzt habe.

Das Maß und der Umfang der Tätigkeit, die der Empfänger ausüben muß, sind allerdings nicht fest zu umgrenzen und werden schwer zu kontrollieren sein[58]). Es ist hier der allgemeine Grundsatz des § 242 BGB., so weit nichts besonderes ausgemacht wor-

---

53) A. A. insbes. Titze, a. a. O., § 45, Nr. 2.

54) Vgl. Cohn, a. a. O., S. 45.

55) Und zwar dürften sie darin die Verkaufsbemühungspflicht des Empfängers erblickt haben; denn die bloße Verkaufsberechtigung kann darin nicht liegen, wie oben nachgewiesen wurde.

56) Vgl. l. 1 pr. D. 19,3; l. 17 § 1 D. 19,5; l. 13 pr. D. 19,5; l. 44 D. 17,2.

57) Vgl. insbes. Brinz, a. a. O., S. 2, und Laufenberg, S. 9.

58) Siehe dazu nähere Ausführungen bei Marwege, a. a. O., S. 94 ff., und P. Koch, a. a. O., S. 42 ff.

den ist, anzuwenden. Der Schuldner ist demnach verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. So verstößt der Buchhändler, der beispielsweise die Novitäten des Verlegers, anstatt sie in seinem Laden auszulegen, im Keller liegen läßt, gegen seine Vertragspflichten [59]). Dasselbe ist in der Regel der Fall, wenn der Empfänger die Sachen verschenkt, verschleudert, verpfändet oder vertauscht. Es wird andererseits nicht von dem Empfänger verlangt werden können, daß er Verkaufsbemühungen unternimmt, die ihm über Gebühr Kosten und Arbeit verursachen, es sei denn, daß das besonders ausgemacht worden ist, oder ihm dafür ein Entgelt oder Ersatz geleistet oder ihm bestimmte Mittel, beispielsweise das für den Absatz der Waren erforderliche Reklamematerial zur Verfügung gestellt wird.

Einverständnis herrscht darüber, daß der Empfänger das Recht hat, selbst als Käufer den ihm zum Verkauf zur Verfügung gestellten Gegenstand zu übernehmen, wenn nichts anderes ausgemacht ist. Denn auf diesem Wege kommt ja der Geber auch zu seinem Gelde, was doch in erster Linie von ihm bei Eingehung solcher Verträge bezweckt wird [60]). Zu weit geht aber Cohn [61]), der behauptet, das Selbsteintrittsrecht des Empfängers sei ein essentiale negotii und könne daher durch den Willen der Parteien nicht ausgeschlossen werden, wofern nicht der Vertriebsvertrag aufhören solle, ein solcher zu sein. Dies soll daraus folgen, daß dem Vertrage wesentlich sei, daß der Empfänger entweder die Sache oder die aestimatio zurückbringen solle, und dieses essentiale durch den Aus-

59) Liebert, a. a. O., S. 28.

60) Siehe auch S. 19, Anm. 52.

61) Cohn, a. a. O., S. 50.

schluß des Selbstkontrahierungsrechts mit ausgeschlossen werde [62]).

Ich kann nicht einsehen, inwiefern dieses angebliche [63]) essentiale durch einen Ausschluß des Selbsteintrittsrechts des Empfängers unmittelbar berührt wird. Denn diese Vereinbarung würde eine ganz selbständige Vertragsbestimmung bilden wie jede andere.

Auch die Quellen bieten für die Cohn'sche Ansicht keinen Anhalt. Das Selbsteintrittsrecht des Empfängers beim Vertriebsvertrag ist also nicht ein essentiale, sondern ein naturale negotii, d. h. nur für den Fall bedeutungsvoll, daß die Parteien es nicht durch besondere Abmachung ausgeschlossen haben.

Ebenso wenig ist die Festsetzung einer bestimmten Frist zur Ausführung des Verkaufs oder zur Rückgabe des Gegenstandes als ein wesentliches Erfordernis beim Vertriebsvertrag hinzustellen. Denn gewöhnlich werden die Parteien selbst diese im Vertrag regeln [64]), im andern Falle wird das Ermessen des Richters aushelfen. Auf diesem Standpunkt steht auch die herrschende gemeinrechtliche und die heutige Doktrin [65]) [66]). Im Gegensatz dazu betrachteten das Preußische Allgemeine Landrecht [67]) und das Oesterreichische Bürgerliche Ge-

---

62) Weil das Selbsteintrittsrecht in dem reddere debere aut rem aut aestimationem mit enthalten sei.

63) Denn nach unserer Auffassung ist diese Alternativ-Obligation nicht Begriffsmerkmal des Vertriebsvertrages, vgl. S. 12 ff.

64) Im Buchhandel ist ein derartiger Remissionstermin durch Usance festgelegt. Vgl. P. Koch, a. a. O., S. 14.

65) Vgl. Motive zum BGB., S. 516 ff.

66) Da die actio de aestimato eine bonae fidei war, so war die fermelle Festsetzung dieser Fristsetzung als essentiale des Vertrages auch im Römischen Recht überflüssig.

67) A. L. R., §§ 511, 522, 523.

setzbuch [68]) die Fristbestimmung als essentiale und bestimmten, daß ohne eine solche Festsetzung derartige Verträge als Auftragsverträge zu beurteilen seien. Diese Bestimmung würde aber durchaus nicht immer den Absichten der Parteien entsprechen, da doch ein bedeutender Unterschied zwischen beiden Verträgen besteht [69]).

Fassen wir nun die oben gefundenen Begriffsmerkmale des Vertriebsvertrages zusammen, so ergibt sich für den Tatbestand desselben als notwendig:

1. Festsetzung eines Preises (aestimatio).
2. Verpflichtung des Empfängers, für den Fall der Nichtrückgabe des Gegenstandes die aestimatio zu bezahlen und das Recht desselben, evtl. den Gegenstand zurückzugeben.
3. Das Recht des Empfängers auf den Mehrerlös.
4. Das vendendum dare, d. h. das zum Verkauf zur Verfügungstellen eines Gegenstandes durch den Lieferanten, sei es durch direkte Hingabe (Realvertriebsvertrag) oder durch das Eingehen der dahingehenden Verpflichtung (Konsensualvertriebsvertrag), und die Pflicht des Empfängers seinerseits, sich um den Verkauf desselben zu bemühen.

Auch die Quellen weisen schon, wie wir gesehen haben, auf diese Erfordernisse des Vertriebsvertrags hin. Fehlt eines derselben, so kann von unserm Vertrage keine Rede sein.

Obiges Ergebnis zusammenfassend, möchte ich den Vertriebsvertrag folgendermaßen definieren:

Der Vertriebsvertrag ist ein Vertrag, bei dem der Lieferant dem Empfänger den Vertragsgegenstand zur

---

68) Oesterr. G. B., § 1086; vgl. auch den Hessischen Entwurf, Art. 315, und Bayr. Entw., Art. 396.

69) So auch Friedrichs, a. a. O., S. 16.

Verfügung stellt (Realvertriebsvertrag) oder stellen muß (Konsensualvertriebsvertrag), während der Empfänger verpflichtet ist, einerseits zu Verkaufsbemühungen und andererseits im Falle der Nichtrückgabe des Gegenstandes zur Bezahlung des vorher festgesetzten Preises (aestimatio).

Die Definition der meisten Schriftsteller, so auch die von Hedemann[70]) lassen eine scharfe Heraushebung der wesentlichen Elemente des Vertriebsvertrages vermissen.

Bei zusammenfassender Betrachtung seiner Essentialien kommen wir zu dem Schluß, daß der Vertriebsvertrag unter keinen der im besonderen Teil der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie im Handelsgesetzbuch geregelten Tatbestände sich subsumieren läßt, wie das von manchen[71]) versucht wurde.

Er wurde insbesondere mit Kauf, Gesellschaft, Miete, Werk-, Dienst- und Mäklervertrag, mit Mandat und Verkaufskommission verglichen[72]). Von allen Arten des Kaufvertrags, zu denen auch das sogenannte Propregeschäft gehört, unterscheidet er sich allein schon durch die Verpflichtung des Empfängers zu Verkaufsbemühungen. Diese bilden den Schwerpunkt des ganzen Vertrags[73]). Der Unterschied des Vertriebsvertrags von der Gesellschaft liegt darin, daß beim Vertriebsvertrag sowohl Geber als auch Empfänger des Gegenstandes unabhängig von einander vorgehen, daß ihnen also die Absicht fehlt, ein Gesellschaftsverhältnis ein-

---

70) Hedemann, a. a. O., § 13, S. 114.

71) Vgl. z. B. Crome, B.R., § 273; Nußbaum, a. a. O., § 5, I; Baron, a. a. O., § 307, IV; Dernburg, B.R., § 348, I; O. v. Gierke, § 195, III; Windscheid, 2, a. a. O., § 383; Hirschberg, a. a. O., § 79; Reinhold, a. a. O., S. 30; Stobbe, a. a. O., § 233, III.

72) Vgl. auch die Digestenstellen.

73) Vgl. ferner auch die Argumente auf S. 18.

zugehen, während die Gesellschafter sich zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zweckes zusammentun. Mit Miete hat unser Vertrag nichts gemeinsam, weil der Empfänger keineswegs den Gebrauch des Gegenstandes erhalten soll, sondern vielmehr die Parteiabsicht auf Veräußerung desselben gerichtet ist. Er unterscheidet sich ferner von Dienst- und Werkvertrag dadurch, daß hier ein bestimmter, bei unserm Vertrag ein unbestimmter Preis die Gegenleistung bildet, weiter dadurch, daß hier um Lohn, dort um Gewinn gearbeitet wird. Auch wenn dem Empfänger außer dem Anspruch auf den über die aestimatio erzielten Mehrerlös ein besonderer Lohn versprochen wird, so ist das nur ein pactum adiectum, welches die Rechtsnatur des Vertriebsvertrags keineswegs ändert. Der Vertriebsvertrag hat auch nichts mit dem Mäklervertrag zu tun, denn der Mäkler soll die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags nachweisen bezw. einen Vertrag vermitteln, während der Empfänger selbständig eine Rechtshandlung vornehmen soll, nämlich sich um den Verkauf des ihm übergebenen Gegenstandes bemühen soll.

Unserm Vertrage am nächsten kommt sicherlich die Verkaufskommission. Beide Verträge unterscheiden sich nur dadurch, daß der Kommissionär für fremde Rechnung, der Empfänger für eigene Rechnung verkauft, daß also insbesondere der Kommissionär im Gegensatz zum Empfänger über alle von ihm vollzogenen Verkaufshandlungen Rechnung ablegen und den ganzen Erlös herausgeben muß. Derselbe Unterschied besteht auch zwischen Mandat und Vertriebsvertrag, ein weiterer liegt in der Unentgeltlichkeit jenes.

Aus dieser Vergleichung mit ähnlichen Vertragstypen kommen wir zu dem Ergebnis, daß wir es beim Vertriebsvertrag mit einer besonderen Vertragsart, einem contractus sui generis, zu tun haben.

II. Teil. (Hauptteil.)

Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag.

I. Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag über bewegliche Sachen.

§ 3.

1. Argumente, die für den Eigentumsübergang auf den Empfänger angeführt werden.

Der Ueberblick über die essentialia und die Rechtsnatur des Vertriebsvertrags im vorigen Abschnitt erschien notwendig, um der Betrachtung der dinglichen Seite eine Stütze zu geben. Die Ausführungen haben uns gezeigt, daß der Vertriebsvertrag vom modernen Gesetzgeber sehr stiefmütterlich behandelt worden ist, und unser Bürgerliches Gesetzbuch eine besondere gesetzgeberische Regelung dieses Vertragstypus nicht enthält. Wir mußten daher in unseren Betrachtungen auf verwandte Rechtsgebiete zurückgreifen und stellten dabei fest, daß wir es bei dem obligatorischen Verhältnis der Parteien mit einem Vertragstypus sui generis zu tun haben.

Auch sind die vorstehenden Untersuchungen dadurch gerechtfertigt und waren erforderlich, weil aus der obligatorischen Rechtslage auch Rückschlüsse auf die dingliche Rechtslage wegen der zwischen beiden bestehenden engen Beziehungen geschlossen werden können. Bei der dinglichen Seite unseres Vertrages

werden wir demnach unter Verwertung der im vorstehenden Teil gefundenen Feststellungen bestrebt sein müssen, die hier bestehenden dinglichen Rechtsbeziehungen klar zu stellen und festzulegen.

Bei dem Abschluß eines Vertriebsvertrages werden die Parteien in der Regel keine besonderen Abmachungen über die Eigentumslage treffen, zum Teil, weil sich bei derartigen Geschäften sehr häufig diesbezügliche Usancen und Verkehrssitten gebildet haben, vornehmlich auch, weil meistens Abmachungen in dieser Hinsicht von den Parteien für überflüssig gehalten werden. Denn einerseits wickeln sich im allgemeinen Geschäfte dieser Art reibungslos ab, andererseits kommt den Parteien die Bedeutung der Eigentumsfrage erst bei Entstehung von Streitigkeiten, die naturgemäß erst nach Vertragsabschluß auftreten, zum Bewußtsein. Hier werden denn die Ansichten der Parteien sehr auseinander gehen. Um so bedauerlicher ist da, daß auch in der Wissenschaft die verschiedensten Meinungen über die Lagerung des Eigentums bestehen, und daher keine klaren Verhältnisse auf diesem Gebiet herrschen.

Bei weitem am häufigsten wird der Vertriebsvertrag, wie wir bereits gesehen haben, über bewegliche Sachen getätigt. Daher ist auch die Eigentumslagerung bei dem über bewegliche Sachen abgeschlossenen Vertriebsvertrag an erster Stelle und besonders eingehend zu erörtern. Die wohl für die praktische Rechtsgestaltung wichtigste Frage, über die auch am meisten Streit schon in der gemeinrechtlichen Literatur und Rechtsprechung herrschte, ist die: wird der Empfänger im Zweifel Eigentümer der ihm vom Geber zum Vertrieb übergebenen beweglichen Sache, sei es nun zugleich mit der Uebergabe, sei es vielleicht in einem späteren Augenblick?[74])

74) Eine Behandlung der dinglichen Rechtslage im Falle des sogen. Selbsteintritts des Empfängers soll an dieser

Zunächst soll untersucht werden, ob die römischen Juristen zu dieser Frage Stellung genommen haben. Die herrschende Meinung ist der Ansicht, daß die Quellen nichts für die dingliche Rechtslage hergeben.

Im Gegensatz hierzu steht in erster Linie Wendt. Er findet vor allem einen Beweis für den nach seiner Ansicht im Zweifel anzunehmenden Eigentumsübergang in der l. 5 § 18 D. 14,4[75]). Diese Stelle beziehen auch andere auf unseren Vertrag[76]). Sie lautet folgendermaßen:

Ulpianus libro vicesimo nono ad edictum: Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, videamus, ne iniquum sit in tributum me vocari. Et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit: enemvero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto vel fideiussore dato vel alias satisfacto, dicendum erit vindicare me posse.

Wendt's Ansicht geht nun dahin, daß in diesem Fragment zwei verschiedene Geschäfte behandelt werden und daß in dem einen Falle, und zwar bei der Kreditierung des Preises, unser Vertrag vorliegt. Das Moment des in creditum abire beim Vertriebsvertrag sei nämlich darin zu erblicken, daß der Geber sich ein Wahlrecht, ob er rem aut aestimationem zurückfordern wolle, nicht vorbehalten habe, und er also lediglich der Geldzahlung des Gegenkontrahenten entgegenzusehen imstande sei. Darin liege ein fidem emptoris sequi. Für diesen Fall der Kreditierung aber sei ausdrücklich bestimmt, daß der Geber im Konkurse des

---

Stelle nicht erfolgen, da hierüber später in einem besonderen Abschnitt gesprochen werden soll.

75) Wendt, a. a. O., S. 395.

76) Windscheid, 2, a. a. O., § 383, Anm. 12; Leist, a. a. O., § 52, S. 252; Bekker, a. a. O., S. 257; Bechmann, a. a. O., § 230, Anm. 3.

Empfängers nur auf die prozentuale Gläubigerrate beschränkt sei. Daraus folge also, daß ein Eigentumsübergang beim Vertriebsvertrag Platz greife.

Hierzu ist zunächst zu sagen, daß es sehr zweifelhaft ist, ob diese Stelle gerade auf den Vertriebsvertrag Bezug nimmt. Gewisse Bedenken hat auch Leist[77]). Denn hier ist doch nur von einem vendendum dare die Rede. Sonstige Essentialien des Vertriebsvertrages sind aber nicht erwähnt. Das bloße Vorhandensein des vendendum dare genügt aber noch nicht, um dieses Fragment auf den Vertriebsvertrag zu beziehen[78]). Denn das vendendum dare kann auch bei anderen Verträgen vorkommen, z. B. bei der Gesellschaft, beim Mandat und der Verkaufskommission. Hiergegen, daß die l. 5 § 18 D. 14,4 eines dieser Rechtsverhältnisse betrifft, spricht nun allerdings wieder der Umstand, daß sie von einem Kreditieren eines Betrages spricht und für diesen Fall Eigentumsübergang annimmt. Hiervon ist aber im allgemeinen bei Gesellschaft, Mandat und Verkaufskommission keine Rede, es sei denn, daß dementsprechende besondere Parteiabmachungen vorliegen. Es könnte also dann das angeführte Fragment nur Verträge dieser Art mit von den Regelfällen abweichenden Abmachungen betreffen. Nehmen wir aber selbst an, daß von unserem Vertrage die Rede ist, so ist doch damit noch nicht gesagt, daß bei ihm normaler Weise das Eigentum auf den Empfänger übergeht. Es ließe sich z. B. denken, daß es sich bei dem Fragment nur um den Vertrieb von res mancipi des römischen Rechts handelt. In einem solchen Falle mußte der Empfänger zum quiritischen dominus gemacht werden, weil

---

77) Leist, a. a. O., § 52, Nr. 1 u. 2.

78) Daher leugnen denn auch viele, daß die Stelle den Vertriebsvertrag betreffe. Vgl. insbes. Chambon, a. a. O., S. 85; R. Koch, a. a. O., S. 31; v. Zwehl, a. a. O., S. 43; Friedrichs, a. a. O., S. 1, Anm. 2.

er andernfalls eine Mancipation auf den Käufer nicht vornehmen konnte [79]). Daher spricht die Stelle von dem „in creditum abire", d. h. dem Kreditieren des Preises; denn dieses war bei den Römern zum mindesten für den Eigentumsübergang Voraussetzung. Man könnte aber auch, wie Leist [80]) mit Hinweis auf die l. 2 § 1 D. 12,1 dies annimmt, dieses „in creditum abire" nur für Fungibilien gelten lassen. Dieses ist jedoch bedenklich, da durch l. 2 § 3 D. 12,1 genügend bewiesen zu sein scheint, daß credere neben dieser engeren auch eine weitere Bedeutung hat [81]). Am nächsten liegt die Annahme, wenn man diese Stelle überhaupt auf den Vertriebsvertrag bezieht, daß sie konsequenterweise sich nur mit diesem Geschäft befaßt. Und zwar scheint einmal der Fall behandelt zu sein, wo es sich um eine besonders vereinbarte Kreditierung handelt, was man aus den Worten „si in creditum ei abiit" herleiten kann. Hier soll das Eigentum auf den Empfänger übergehen. Im anderen Falle handelt es sich um die regelmäßige Erscheinungsform des Vertriebsvertrags, wo keine Kreditierung erfolgt ist; und hier soll ein Eigentumsübergang nicht stattfinden.

Einen weiteren Beweis für den sofortigen Eigentumsübergang auf den Empfänger findet Wendt [82]) im l. 26 pr. D. 19,5. Dieses Fragment lautet folgendermaßen:

Pomponius libro vicesimo primo ad Sabinum: Si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, commodati actio est: si, ut pondus argenti redderes quantum in illis esset, tantidem ponderis petitio est per actionem praescriptis verbis, tam boni tamen argenti quam illi scyphi fuerunt: sed si ut vel hos scyphos vel ut eiusdem

79) So auch Bekker, a. a. O., S. 258.
80) Leist, a. a. O., § 52, Nr. 1.
81) So auch Bekker, a. a. O., S. 257.
82) Wendt, a. a. O., S. 396.

ponderis argentum dares, convenit, dicendum est, si quidem tua est electio, scyphos statim tuos fieri et te mihi dare aut scyphos aut argentum utrum malis: quod si mihi permissum est eligere, scyphos tuos non fieri, antequam dixero, me eos habere nolle.

Pomponius trifft hier u. a. die Entscheidung, daß, von von jemandem einem anderen silberne Becher unter der Vereinbarung hingegeben worden sind, daß letzterer das Wahlrecht darüber haben solle, entweder die Becher selbst oder Silber von gleichem Gewicht zurückzuerstatten, daß dann das Eigentum sofort auf ihn übergegangen sei.

Nach unserer Auffassung vom Vertriebsvertrag wird man aber auch diese Stelle schwerlich auf diesen beziehen können [83]). Denn es ist hier von einem vendendum dare, welches ja gerade das wichtigste essentiale unseres Vertrages bildet, mit keinem Worte die Rede. Dieser Fall kann ebenso gut ein depositum irregulare betreffen, d. h. einen Verwahrungsvertrag, bei welchem ein Eigentumsübergang der silbernen Becher vereinbart ist, zugleich mit der Abrede, daß nach einer gewissen Zeit entweder dasselbe Gewicht in Silber, und zwar in ebenso guter Qualität oder die silbernen Becher zurückgegeben werden sollten. Noch näher liegt die Annahme, daß es sich hier um einen Werkvertrag handelt des Inhalts, daß von dem Geber silberne Becher zum Einschmelzen gegeben werden mit der weiteren Bestimmung, daß für den Fall der Nichtrückgabe der Becher dafür das Gewicht derselben in Silber zurückerstattet werden solle. Zu denken wäre

---

83) So auch Liebert, a. a. O., S. 84 ff.; Arnold, a. a. O., S. 21; R. Koch, a. a. O., S. 32; Friedrichs, a. a. O., S. 1, Anm. 2; letzterer meint, daß das genannte Geschäft wahrscheinlich die Anvertrauung einer Filiale an den Sklaven sei; vgl. auch Windscheid, 2, a. a. O., § 383, Anm. 12.

schließlich noch an einen auflösend bedingten Kauf. Bei dieser Auffassung des Fragments kann also nichts für die Eigentumslagerung beim Vertriebsvertrag abgeleitet werden.

Will man aber trotz dieser schwerwiegenden Bedenken diese Stelle auf den Vertriebsvertrag beziehen, so hat sie doch aus dem Grunde wenig Beweiskraft, weil gerade die uns interessierenden Worte, welche mit dem Satze „si quidem tua est electio" beginnen, in den Handschriften nicht enthalten waren, sondern auf Grund der Basiliken von Mommsen hinzugefügt worden sind. Wie die Römer diese Stelle abgefaßt haben, ist daher sehr zweifelhaft. Gegen die Echtheit dieses Teiles spricht auch der Umstand, daß im handschriftlichen Teil von einer actio gesprochen wird, im angefügten Teil dagegen nicht, sondern hier nur der durch den Vertrag hervorgerufene dingliche Rechtszustand erörtert wird, was bei der durch „sed" hergestellten Verbindung beider Teile immerhin auffallen muß [84]).

Im übrigen kann diese Stelle höchstens den Fall betreffen, daß vertretbare Sachen mit der Bestimmung zum Vertrieb hingegeben werden, daß nur der Gegenwert in Silber zurückgegeben werden brauche. Die Römer lassen hier infolge des Wesens der fungiblen Sachen das Eigentum sofort auf den Empfänger übergehen. Denn nach römischem Recht nimmt hier der Vertriebsvertrag, wie auch Leist [85]) richtig bemerkt, das Element des in creditum ire in sich auf und wird davon materiell beherrscht. Das hat aber bei den Römern Eigentumsübergang zur Folge [86]). Anders liegen in einem solchen Falle die Verhältnisse nach dem

84) R. Koch, a. a. O., S. 32.

85) Leist, a. a. O., S. 249.

86) Dernburg, Pand. 2, § 93; vgl. auch Liebert, a. a. O., S. 68 u. 86; Michaelis, a. a. O., S. 40.

Bürgerlichen Gesetzbuch, wie uns § 700 Abs. 1 Satz 2 zeigt[87]).

Wendt geht demnach fehl, wenn er in dieser Stelle eine Bestätigung seiner obigen Behauptung[88]) findet, daß, da die Einräumung des Wahlrechts für den Empfänger im Falle einer alternativen Obligation ein in creditum abire enthalte, beim Vertriebsvertrag, wo eben der Empfänger das Wahlrecht habe, immer ein Eigentumsübergang auf diesen Platz greife.

Wir haben also gesehen, daß die in vorstehendem behandelten Digestenstellen l. 5 § 18 D. 14,4 und l. 26 pr. D. 19,5, selbst wenn wir sie als den Vertriebs-Vertrag betreffend heranziehen, für den Regelfall dieses Vertrages nichts hergeben und allerhöchstens beweisen, daß ein Eigentumsübergang in gewissen besonderen Fällen bezw. beim Vorliegen diesbezüglicher Abmachungen möglich ist. Daraus wäre aber vielmehr das argumentum e contrario zu folgern, daß in der Regel das Eigentum nicht sofort auf den Empfänger übergeht. So verharrt denn auch Windscheid[89]) trotz seines Hinweises auf l. 26 pr. D. 19,5, auf die er im übrigen nicht weiter eingeht, auf seiner Behauptung, daß in dubio ein sofortiger Eigentumsübergang auf den Empfänger nicht Platz greife.

Einen indirekten Beweis für den sofortigen Eigentumsübergang auf den Empfänger glaubt Wendt[90]) in den Quellen weiter darin zu finden, daß die römischen Juristen in l. 1 pr. D. 19,3 mit den Worten „utrum ex vendito sit actio propter aestimationem" den Vertriebsvertrag mit dem Kaufvertrag vergleichen. Sie hätten zwar nur auf die Aehnlichkeit zwischen beiden Verträgen hinweisen wollen, da ja vendere und ven-

87) Vgl. hierzu Näheres auf S. 60 ff.
88) Vgl. S. 28 f.
89) Windscheid, 2, a. a. O., § 383, Anm. 12.
90) Wendt, a. a. O., S. 393.

dendum dare denn doch etwas ganz verschiedenes sei; aber den Anlaß zu dem Vergleich habe doch der Umstand gegeben, daß bei beiden Verträgen ein Eigentumsübergang stattfinde.

Dies ist unrichtig; denn der Anlaß zu diesem Vergleich lag für die Römer vielmehr darin, daß im Verkehrsleben nach Abschluß derartiger Verträge sehr häufig nicht ohne weiteres zu erkennen war, welcher von beiden Verträgen nun getätigt war und was für eine Klage daher zu geben sei. Ein Streit darüber war und ist auch heute insbesondere deswegen sehr leicht möglich, weil doch in der Regel beim Vertriebsvertrag die Absicht der Parteien alternativ auch darauf gerichtet ist, daß der Empfänger evtl. als Käufer eintreten könne, also kaufrechtliche Wirkungen Platz greifen können, ein Moment, welches sehr leicht zu Verwechselungen beider Verträge führt.

Die Behauptung Wendt's ist auch schon deswegen kaum zutreffend, weil gerade nach römischem Recht beim Kauf das Eigentum der verkauften Sache nicht schon mit der Uebergabe auf den Käufer überging, wie es grundsätzlich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Fall ist, sondern erst nach Bezahlung oder ausdrücklicher Kreditierung des Kaufpreises [91]), während nach Wendt's Ansicht beim Vertriebsvertrag das Eigentum sofort auf den Empfänger übergeht.

Gewisse Schlüsse auf die Lagerung des Eigentums lassen sich auch aus der Gefahrtragung, also aus der Entscheidung ziehen, wer das periculum obligationis [92]) für den Fall des Unterganges der Sache beim Vertriebs-

---

91) Vgl. insbes. Dernburg, Pandekten 1, § 215, Nr. 2; Windscheid, 2, a. a. O., § 389, Nr. 2 u. 1, § 172, Nr. 7.

92) Hierher gehört nicht die Frage nach dem periculum rei; denn dieses hat immer der Eigentümer der Sache zu tragen.

vertrag zu tragen hat. Diese Frage soll schon an dieser Stelle vorweg erörtert werden, da die in dieser Beziehung bestehenden Kontroversen auf die römischen Quellen, und zwar in der Hauptsache auf l. 1 D. 19,3 und l. 17 § 1 D 19,5, die sich wirklich oder scheinbar widersprechen, zurückzuführen ist. Wir können auf die Frage der Gefahrtragung natürlich nur im Rahmen unserer Abhandlung eingehen, d. h. das in Betracht ziehen, welches Schlüsse auf die Eigentumslagerung zuläßt [93]).

Die beiden fraglichen Digestenstellen lauten folgendermaßen:

l. 1 D. 19,3: ‚Ulpianus libro trigesimo secondo ad edictum: Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. ‚melius itaque visum est hanc actionem proponi: quodiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus. § 1. Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.

und l. 17 § 1 D. 19,5: Ulpianus libro vicesimo octavo ad edictum: Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit?

93) Siehe Näheres über die Gefahrtragung beim Vertriebsvertrag bei Glum, der dieser Frage eigens eine Dissertation gewidmet hat, und die dort zitierte Literatur, und von den Neueren insbes. Marwege, S. 112 ff.

et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes, actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.

Einige Schriftsteller meinen, daß es sich hier bei den Stellen, so wie sie uns überliefert sind, um eine Antinomie handele und bemühen sich daher, sie durch mannigfache Emendationen in Uebereinstimmung zu bringen. Andere behaupten, daß nur das eine oder das andere der beiden Fragmente den Vertriebsvertrag betreffen könne, daß es sich also um verschiedene Tatbestände handele. Alle diese Bemühungen und Versuche [94]) schweben mehr oder weniger in der Luft, weil sie eben auf Vermutungen und im großen und ganzen willkürlichen Annahmen beruhen. Das hat auch Dernburg [95]) richtig erkannt, wenn er sagt, daß es wohl ewig zweifelhaft bleiben werde, wie diese widersprechenden Entscheidungen der beiden Digestenstellen zu vereinigen seien. Das soll uns jedoch nicht hindern, auch von uns aus die Lösung dieses Problems anzustreben.

Dabei gehen wir von der Voraussetzung aus, daß beide Stellen den Vertriebsvertrag betreffen und der uns überlieferte Text der echte ist. Denn alle anderen Erklärungsversuche halten wir aus den oben angeführten Gründen für noch viel weniger überzeugend. So haben denn auch die meisten den von uns eingeschlagenen Weg beschritten.

In erster Linie hat man versucht, die l. 1 § 1 D. 19,3 in der Weise zu interpretieren, daß sie in Uebereinklang mit der l. 17 § 1 D. 19,5 steht — — —

94) Vgl. insbes. Brinz, a. a. O., S. 42 ff.; Ihering, a. a. O., S. 380 ff.; Lipp, a. a. O., S. 32 ff.; Chambon, a. a. O., S. 60 ff.; Glum, a. a. O., S. 73 f.

95) Dernburg, Pand. 2, § 120.

Denn in Bezug auf die letztere besteht bei denen, die sie überhaupt auf den Vertriebsvertrag beziehen, kein wesentlicher Streit. l. 17 cit. drückt dem Inhalte nach aus, daß derjenige die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache trägt, der den Anstoß zu dem Geschäft gibt, also in der Regel der am meisten Interessierte, wenn aber ein solcher Anstoß von keinem ausging, der Geber. Grundsätzlich trägt also hiernach der Geber die Gefahr des zufälligen Unterganges der Sache. — — Die übliche Uebersetzung der Worte „aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit" lautet: Der Trödelkontrakt überträgt die Gefahr für zufälligen Untergang der Sache auf denjenigen, welcher den Vertrieb übernommen hat. Denn diese Uebersetzung scheint dem Sinn und Wortlaut der l. 1 cit. am besten zu entsprechen. Dadurch aber steht sie im Gegensatz zur l. 17 cit. Glück[96]) will ihr nun eine andere Auslegung geben, daß nämlich der Empfänger dann die Gefahr tragen müsse, wenn er sie übernähme. Aehnlicher Ansicht ist Liebert[97]) der aber das Wörtchen „nur" hinzusetzen will[98]).

An sich würde sich eine derartige Auslegung wohl hören lassen, weil auf diese Weise die beiden Digestenstellen in Uebereinkläng zu bringen wären. Denn die l. 1 cit. würde sich dann nur auf den besonderen Fall beziehen, daß wegen der Gefahrtragung besondere Abmachungen der Parteien getroffen sind, während die l. 17 cit den Normalfall regeln würde.

Auch die Entscheidung von Marwege[99]) ist

---

96) Glück, a. a. O., S. 70.

97) Liebert, a. a. O., S. 105.

98) Vgl. Argumente gegen diese Interpretation bei Chambon, a. a. O., S. 67; Brinz, a. a. O., S. 41; Arnold, a. a. O., S. 27 ff.; Liebert, a. a. O., S. 106.

99) Marwege, a. a. O., S. 113 ff., siehe seine Begründung auf S. 114.

nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen und hat manches für sich. Er interpretiert die fragliche Stelle in l. 1 cit. folgendermaßen: „Die Gefahr trifft denjenigen, der die Initiative zu dem Geschäft ergriff — qui suscepit (sc. negotium) — der also den Entschluß faßte, einen contractus aestimatorius einzugehen und sich deshalb bemühte, einen Kontrahenten zu finden. Das „suscipere" entspricht hier also dem „rogare" in l. 17 cit. Bei dieser Auslegung würde ein Widerspruch zwischen den beiden Stellen nicht bestehen.

Eine andere Ansicht geht dahin, daß das periculum in der l. 1 cit. nur custodia heiße, der Empfänger also nur für diligentia in custodiendo d. h. für Entwendung oder Beschädigung der anvertrauten Sache einzustehen habe [100]). Man könnte aber das periculum auch so verstanden wissen, daß darunter das periculum culpae und nicht das omne periculum zu verstehen sei; spricht doch selbst Ulpian in l. 5 § 7 D. 13,6 von einem periculum, quod culpa contigit. Auch diese Auslegungen würden eine befriedigende Lösung bedeuten, indem wir es dann in der l. 1 cit. mit einer speziellen Regelung zu tun haben würden [101].

Schließlich sei noch die Auffassung derer erwähnt, die in l. 1 cit. das allgemeine Prinzip der Zufallhaftung des Empfängers erblicken, das aber in l. 17 cit. in den dort angeführten Fällen durchbrochen sei [102]).

Meines Erachtens liegt die Annahme am nächsten,

---

100) Emmerich, a. a. O., S. 277 ff.; Michaelis, a. a. O., S. 53; vgl. auch l. 47 § 1 D. 10,2; l. 14 § 16 D. 47,2.

101) Vgl. hierzu Liebert, a. a. O., S. 108.

102) Vgl. Sintenis, 2, a. a. O., § 117, und insbes. Puchta, Pand., § 313, der nur denjenigen Vertrag als den eigentlichen Vertriebsvertrag bezeichnet, wo der Anstoß zu dem Geschäft vom Empfänger ausgegangen ist.

daß es sich in der l. 17 cit. um den Regelfall des Vertriebsvertrags handelt, wo wir es also nur mit der Verpflichtung des Empfängers zur Preiszahlung zu tun haben, daß aber die l. 1 cit. nur den besonderen Fall der alternatvien Schuld des Empfängers betrifft [103]). Hier beschränkt sich im Zweifel das Schuldverhältnis bei zufälligem Untergang der einen Leistung auf die andere, wie auch das Bürgerliche Gesetzbuch im § 265 bestimmt; der Empfänger trägt also das periculum casus. Die Quellen geben uns allerdings in der Hinsicht keinen sicheren Anhalt, weil ihnen nicht zu entnehmen ist, ob in der einen Stelle eine Alternativ-Obligation des Empfängers, in der anderen eine bloße Zahlungsverpflichtung desselben vorliegt.

Will man keinen der oben genannten Auslegungsversuche gelten lassen, da ja jedem von ihnen gewisse Bedenken entgegenstehen, so bleibt nur die Möglichkeit bestehen, durch Emendation oder den Beweis [104]), daß nur eine der beiden streitigen Digestenstellen sich auf den Vertriebsvertrag beziehe, zu einer Lösung zu kommen. Daß das von vielen versucht worden ist, dem aber noch bei weitem größere Bedenken entgegenstehen, ist bereits dargelegt worden. Einfach ist die Rechtslage in diesem Falle dann, wenn sich feststellen läßt, daß nur die l. 17 cit. den Vertriebsvertrag betrifft. Daß würde bedeuten, daß grundsätzlich der Geber das periculum obligationis zu tragen hat, eine an sich befriedigende Lösung, wie sie auch bei ähnlichen Verträgen üblich ist. Eine nähere Erörterung dieses Falles erübrigt sich, weil er für die Frage der dinglichen Rechtslage nicht von direkter Bedeutung ist, vielmehr sich hieraus höchstens eine Stütze für die

---

103) Vgl. auch Neuschler, a. a. O., S. 110 f.

104) Dieser wurde auch sehr häufig durch Emendation versucht.

Ansicht des Verbleibens des Eigentums beim Geber ergibt[105]).

Von größtem Einfluß auf die dingliche Seite aber wäre die Feststellung, daß nur die l. 1 cit. den Vertriebsvertrag regelt[106]). Dies könnte sich z. B. auf Grund folgender Konstruktionen ergeben: In der l. 17 cit. ist nur davon die Rede, daß ein pretium von dem Empfänger bezahlt werden soll, und nicht von der aestimatio. Die meisten setzen nun diese beiden Worte gleich und geben ihnen denselben Sinn. Es könnte damit aber auch der ganze Erlös gemeint sein, den der Empfänger erzielt und nunmehr herausgeben muß. Dann würde aber die Stelle garnicht den Vertriebsvertrag sondern ein mandat- oder kommissionsähnliches Geschäft betreffen. Dem aber steht die l. 13 pr. D. 19,5 entgegen, die nach herrschender Meinung auch den Vertriebsvertrag behandelt, in der das pretium der aestimatio gleich gesetzt ist; es sei denn, daß man annimmt, daß die Römer dem pretium eine verschiedene Bedeutung beigelegt haben und in l. 17 cit. eben der ganze Erlös gemeint sei.

Eine andere Konstruktion, die auch evtl. zur Bekräftigung des eben Gesagten dienen kann, geht dahin, daß nur der eigentliche Vertriebsvertrag in l. 1 cit behandelt sei, der Satz in l. 2 D. 19,3 „haec actio utilis est et si merces intervenit" aber darauf hinweise, daß noch ein ähnliches Geschäft bestehe, für das ebenfalls die Klage aus dem Vertriebsvertrag analog gegeben werde. Dieses sei aber in der l. 17 cit. geregelt. Bei dieser Annahme hätten wir es aber einmal mit einem kaufähnlichen Geschäft[107]), dem eigentlichen Vertriebsvertrag, im anderen Falle mit einem kommissions-

105) Vgl. hierzu Näheres bei Glum, a. a. O., S. 35, und bei der bei P. Koch, a. a. O., S. 50, zit. Literatur.

106) Das behauptet insbes. Lipp, a. a. O., S. 24.

107) Siehe weiter unten.

ähnlichen Geschäft zu tun. Das ist aber eine Vermutung, für die die Quellen keine hinreichende Stütze bieten [108]).

Gehen wir trotz aller geäußerten Bedenken davon aus, daß nur die l. 1 cit. den Vertriebsvertrag betrifft, so muß man bei der üblichen Uebersetzung [109]) dieser Stelle zu dem Ergebnis gelangen, daß der Empfänger unter allen Umständen das periculum obligationis trägt. Das würde aber nur dann eine vernünftige Lösung bedeuten und sich rechtfertigen, wenn man entgegen unserer Ansicht den Vertriebsvertrag als ein kaufähnliches Geschäft ansehen würde. — Denn sonst wäre nicht einzusehen, warum der Empfänger beim Vertriebsvertrag im Gegensatz zu ähnlichen Verträgen, z. B. zum Mandat und zu der Verkaufskommission das periculum obligationis tragen soll. Auch gilt doch das Prinzip der Kontinuität der Rechte und danach ist, wenn nicht besondere Umstände auf eine Rechtsänderung hinweisen oder sie herbeiführen, der Fortbestand der alten Rechtslage anzunehmen. — Und zwar müßte der Vertriebsvertrag dann ein kaufähnliches Geschäft mit einer resolutiven Bedingung sein, da nur hier die Gefahr grundsätzlich mit der Uebergabe der Sache nach BGB., mit Kaufabschluß nach römischem Recht überging, bei einem suspensiv bedingten Kauf aber erst mit Eintritt der Bedingung.

Das würde aber bedeuten, daß nach heutigem Recht beim Vertriebsvertrag im Zweifel das Eigentum sofort mit der Uebergabe der Sache auf den Empfänger übergehen würde, nach römischem Recht erst bei Bezahlung oder Kreditierung des Preises, es sei denn,

---

108) Vgl. auch Fr. Haymann, a. a. O., Bd. 40, S. 178, Anm. 1, der die l. 17 zit. von si quidem ego te venditor rogavi an für unecht hält.

109) Siehe oben S. 37.

daß man die Ansicht von Wendt[110]) für richtig hält, daß beim Vertriebsvertrag der Preis dem Empfänger immer kreditiert sei[111]).

Gegen die kaufrechtliche Natur des Vertriebsvertrages und den daher abgeleiteten Eigentumsübergang auf den Empfänger sei verwiesen auf das, was bereits dagegen gesagt und noch später auszuführen sein wird. Wir ziehen also aus dieser Erörterung über die Gefahrtragung das Ergebnis, daß hieraus so gut wie garnichts für den Eigentumsübergang auf den Empfänger herzuleiten ist.

Wir haben gesehen, daß die römischen Juristen uns nichts darüber berichten, wer im Zweifel Eigentümer des dem Empfänger zum Vertrieb übergebenen Gegenstandes ist. Ebenso wenig haben diese Frage die Glossatoren erörtert; selbst die bedeutendsten Postglossatoren, wie z. B. Jason, und Autoritäten der nachfolgenden Zeit wie Cujacius, Huber und Voet schweigen sich darüber aus[112]). Um so mehr hat man sich mit dieser Frage in der späteren gemeinrechtlichen Literatur befaßt.

Mehrere ältere Schriftsteller leiten den Eigentumsübergang aus der angeblichen alternativen Verpflichtung des Empfängers her[113]). Sie folgern, daß, wenn

---

110) Wendt, a. a. O., S. 396.

111) Wegen des angeblichen Gefahrübergangs auf den Empfänger entscheiden sich insbes. folgende Schriftsteller für den Eigentumsübergang: Wendt, a. a. O., S. 397; Puchta, Pand., § 313; J. H. Böhmer, a. a. O., § 36; bezüglich des buchhändlerischen Konditionsgeschäfts vgl. Liesching, a. a. O., S. 60; Schürmann, a. a. O., S. 165 ff.; Haubold, a. a. O., S. 60. Dagegen vertritt die herrschende Ansicht unseren Standpunkt, vgl. bezüglich des buchhändlerischen Konditionsgeschäfts auch B. V. O., § 11 a.

112) Chambon, a. a. O., S. 70.

113) J. H. Boehmer, a. a. O., § 33; Lauterbach, Colleg. theor. pract. XIX, 3, § 9 (cit. bei Cham-

das Eigentum auf den Empfänger nicht übergegangen sei, der Geber befugt sein würde, die Sache schlechthin zurückzufordern. Die Unzulässigkeit der Vindikation lasse also auf einen Eigentumsübergang schließen. Dieser Schluß ist jedoch durch nichts gerechtfertigt. Denn wäre dem so, so müßte konsequent bei allen Verträgen, bei welchen eine Sache für eine gewisse Zeit überlassen wird, und innerhalb derselben nicht zurückgefordert werden kann, wie z. B. beim Nießbrauch, bei Miete, Pacht, Pfandbestellung usw. ein Eigentumsübergang stattfinden [114]).

Weiter nimmt man Eigentumsübergang auf den Empfänger wegen der ihm hinsichtlich der Sache zustehenden Befugnisse an. Er könne nämlich über die Sache wie ein Eigentümer verfügen. So sagt Wendt [115]): „— — Der aestimierte Gegenstand, der nun ganz auf die Gefahr des Empfängers steht, darf als sein Eigentum bezeichnet werden. Die regelmäßige Folge ist doch, daß bei jener Alternativ-Obligation (aut ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit) ihm selbst als Schuldner das Wahlrecht gebührt, (so lange es tatsächlich möglich ist) ob er das Geld oder die Sache zurückerstatten wolle. So kann man ihn, den andererseits das volle periculum trifft, auch als verfügungsberechtigt d. h. als Eigentümer betrachten, der damit schalten kann, wie es ihm gut scheint."

---

bon, S. 70, u. Michaelis, a. a. O., S. 38), dem sich Leiyser Meditationes ad Pandect. Spec. CCXXI, Vol. IV, p. 701; Hellfeld, Iurisprudentia forensis § 1066, und Madihn, Principia iur. Rom., § 233, anschließen (cit. bei Chambon, a. a. O., S. 73), vgl. auch Köchy, a. a. O., S. 171.

114) Chambon, S. 71; R. Koch, a. a. O., S. 27; Marwege, a. a. O., S. 104.

115) Wendt, a. a. O., S. 393.

Andere behaupten, das angebliche Recht, die Sache zu jedem beliebigen Preise zu verkaufen, also auch zu verschleudern, zu verschenken, zu verpfänden oder selbst zu behalten, welches dem Empfänger eingeräumt sei, weise darauf hin, daß er Eigentümer werde [116]).

Die irrige Ansicht dieser Schriftsteller besteht darin, daß sie den Verfügungsberechtigten dem Eigentümer gleich stellen. Wer über eine Sache verfügen darf, der braucht aber deswegen noch lange nicht deren Eigentümer zu sein [117]). Ob im übrigen der Empfänger mit der Sache im Zweifel machen kann, was er will, also unbeschränkt darüber verfügen kann, ist sehr zweifelhaft und wird später noch eingehend erörtert werden.

Als weiteres Argument für den Eigentumsübergang auf den Empfänger wird angeführt, daß der Dritte, der die Sache vom Empfänger kaufe, gegen eventuelle Vindikationsansprüche des Gebers geschützt werden müsse, wenn der Empfänger die ihm erteilte Verfügungsmacht, die im allgemeinen nur darin bestehe, die Sache zu verkaufen oder selbst zu kaufen, aber nicht zu verpfänden, zu verschenken usw., überschreite [118]). Zunächst ist es sehr zweifelhaft, ob überhaupt der Geber wegen der strittigen Natur des Verfügungsrechtes des Empfängers gegen den Dritten einen Vindikationsanspruch hat. Im übrigen ist zu bemerken, daß nicht einzusehen ist, warum beim Vertriebsvertrag der Dritte besser gestellt sein soll als beim Mandat oder bei der Verkaufskommission. Auch bei diesen beiden Verträgen kann doch der Geber die Sache vom Dritten unter gewissen Umständen vindizieren,

---

116) Vgl. auch Köchy, S. 171 ff., sowie Strempel, a. a. O., S. 58 ff.

117) Michaelis, a. a. O., S. 39.

118) Vgl. Strempel, a. a. O., S. 57 f.

obwohl er an und für sich mit diesem nichts zu tun hat, da er nicht in einem Vertragsverhältnis mit ihm steht. Ferner ist doch auch der Dritte durch die Bestimmungen des § 932 BGB. und des § 366 HGB. über den gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten genügend geschützt.

Auch wird gesagt, durch Selbsteintritt könne der Empfänger jederzeit den Eigentumsübergang auf sich herbeiführen, und daher wäre es doch ganz wertlos, daß bis dahin der Geber Eigentümer bliebe. Wenn der Empfänger unehrlich sei, könne er durch den Selbsteintritt doch zu seinem Ziele gelangen.

Das ist an sich richtig. Aber schließlich wird doch der Geber bei Unehrlichkeit des Empfängers immer leicht zu Schaden kommen. Daraus sind doch doch noch keine Schlüsse auf die Lagerung des Eigentums zu ziehen. Ferner ist aber zu beachten, daß das Selbsteintrittsrecht des Empfängers kein Essentiale sondern nur ein Naturale des Vertriebsvertrags ist, also durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen oder beschränkt sein kann. In solchen Fällen würde dann also durch den Selbsteintritt nicht bezw. nur unter gewissen erschwerten Bedingungen der Eigentumsübergang herbeigeführt werden können. Und wenn wir wieder die Verkaufskommission zum Vergleich heranziehen, so geht doch auch hier im Zweifel das Eigentum nicht auf den Kommissionär über und nur im Falle des Selbsteintritts, es sei denn, daß das Selbsteintrittsrecht beschränkt oder ausgeschlossen ist [119]).

Die meisten Schriftsteller versuchen zur Beantwortung der Frage, ob der Empfänger beim Vertriebsvertrag Eigentümer der Sache werde, durch die verschiedensten juristischen Konstruktionen dieses Vertrags

---

119) So die allgemeine Ansicht.

zu gelangen. Insbesondere sprechen sich diejenigen, welche den Eigentumsübergang bejahen, für die kaufsähnliche Natur dieses Geschäfts aus. Einige erblicken in ihm einen resolutiv bedingten Kauf, andere einen suspensiv bedingten Kauf, wieder andere ein diesen Vertragsarten ähnliches Rechtsverhältnis; als eine conditionalis venditio bezeichnet Chambon[120]) den Vertriebsvertrag. Er versteht darunter nicht einen unter einer Bedingung abgeschlossenen Kauf, sondern ein Rechtsgeschäft, das nach den in ihm liegenden Voraussetzungen die Natur eines Kaufs erhalten kann, wenn ein gewisses unbestimmtes und in der Zukunft liegendes Ereignis eintritt. Ein solches Rechtsverhältnis gibt es nicht. Denn „es gibt kein Rechtsgeschäft außer demjenigen, welches von den Parteien abgeschlossen wird". So sagt schon richtig Brinz[121]). Von sonstigen Konstruktionen dieser Art sei noch auf die von Marwege[122]) hingewiesen. — Demzufolge nehmen diese Schriftsteller entweder einen sofortigen[123]) oder einen späteren[124]) Eigentumsübergang

---

120) Chambon, a. a. O., S. 78.

121) Brinz, a. a. O., S. 14.

122) Marwege, a. a. O., S. 43 ff.

123) Puchta, a. a. O., § 313; Wendt, a. a. O., S. 393; Böhmer, a. a. O., § 33 ff.; vgl. auch Bayr. Landrecht, 4. Teil, 12. Kap., § 4; so für das buchhändlerische Konditionsgeschäft insbes. Liesching, a. a. O., S. 60; Schürmann, a. a. O., S. 165 ff.; Haubold, a. a. O., S. 60.

124) Chambon, a. a. O., S. 79 ff.; Cosack, a. a. O., Bürgerl. Recht, 7. Aufl., § 182, Vd; u. andere. Vgl. auch Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch, § 1086, Laufenberg, a. a. O., S. 25. Für das buchhändlerische Konditionsgeschäft vgl. insbesondere O. v. Gierke, § 195, II, H. Schreuer, a. a. O., § 89, III (die zwischen Trödelvertrag und buchhändlerischem Konditionsgeschäft unterscheiden); siehe weiter Ehrenberg, a. a. O., § 125,

an. Viele halten diese Folgerungen für die dingliche Rechtslage für so selbstverständlich, daß sie ihrer gar nicht noch besonders Erwähnung tun [125]). Es braucht an dieser Stelle auf diese Frage nicht näher eingegangen zu werden; denn im schuldrechtlichen Teil dieser Abhandlung wurde ausführlich dargelegt, daß der Vertriebsvertrag mit dem Kauf außer im Falle des Selbsteintritts, worauf in einem besonderen Abschnitt erst später einzugehen ist, nichts zu tun hat. Bemerkt sei nur, daß diese Schriftsteller von ihrem Standpunkt aus Recht haben, wenn sie aus der nach ihrer Ansicht bestehenden kaufähnlichen Natur des Vertriebsvertrags Schlüsse für den Eigentumsübergang auf den Empfänger ziehen. Wir können aber hieraus für die Eigentumslagerung beim Vertriebsvertrag wie er normalerweise in Erscheinung tritt, nichts gewinnen,, weil er nach unserer Auffassung ein contractus sui generis ist, der eine große Aehnlichkeit in seiner normalen Gestalt nur mit der Verkaufskommission [126]) und nur im Falle des Selbsteintrittsrechts — dieses ist aber nur ein Naturale des Vertrags — mit dem Kauf besitzt.

VIII, 5; Hecht, a. a. O., S. 323; Fleischmann, a. a. O., S. 311; Weidling, a. a. O., S. 139 f.; v. Schey, a. a. O., zu § 1086/89 Oesterr. b. GB.

125) So insbes. Staub, a. a. O., § 1, Nr. 80; Julius v. Gierke, a. a. O., § 57, V.

126) Zwar wird sich bei der Interessenlage ein gewisser Unterschied daraus ergeben, daß beim Vertriebsvertrag der Mehrerlös voll und ganz dem Empfänger zufließt, während bei der Verkaufskommission der Erlös in vollem Umfange dem Kommittenten zukommt und der Verkaufskommissionär nur auf die Provision beschränkt ist. Dieser Gegensatz der Interessen erfährt aber dadurch eine wesentliche Milderung, als die Provision sich fast immer nach dem erzielten Erlös richtet, sodaß auch das Interesse des Kommissionärs darauf gerichtet ist, die Ware möglichst günstig auf den Markt zu bringen.

§ 4.

2. Argumente, die gegen den Eigentumsübergang auf den Empfänger angeführt werden.

Im vorigen Abschnitt sind die Argumente, die für den Eigentumsübergang angeführt werden, dargelegt und die dagegen erhobenen Bedenken erörtert worden. Wir haben gesehen, daß abgesehen von der dem Vertriebsvertrag angeblich innewohnenden Kaufnatur, die aber abzulehnen ist, kein wirklich entscheidender Grund für den Eigentumsübergang beigebracht worden ist, noch überhaupt beigebracht werden kann. So hat sich denn auch die herrschende Meinung, die den Vertriebsvertrag als contractus sui generis bezw. ein dem Mandat oder der Verkaufskommission verwandtes Rechtsverhältnis auffaßt, auf den hier vertretenen Standpunkt gestellt, daß beim Vertriebsvertrag über bewegliche Sachen im Zweifel weder sofort bei Sachübergabe noch in einem späteren Zeitpunkt, abgesehen von dem Fall des Selbsteintritts, ein Eigentumsübergang auf den Empfänger Platz greift [127]). Die mannigfachsten Gründe werden hierfür angegeben.

Zunächst versucht man es, wieder aus der Gefahrtragung Schlüsse für das Verbleiben des Eigentums

---

127) OLG., Bd. 28, S. 384. Dernburg, Pand. 2, § 120, Röm. R., II, § 377, B. R., § 348, I; Windscheid, 2, a. a. O., § 383; Baron, a. a. O., § 307, IV; Schreuer, a. a. O., § 89, III, und O. v. Gierke, § 195, II (für den Trödelvertrag, von dem sie das buchhändlerische Konditionsgeschäft, welches sie für einen suspensiv bedingten Kauf halten, unterscheiden); Crome, B. R., § 273; vgl. auch Röm. R., § 40, II, A. 2; Mühlenbruch, a. a. O., § 430; Schweppe, a. a. O., § 505, Buhl, a. a. O., S. 174; v. Wening-Ingenheim, a. a. O., § 277; Sintenis, a. a. O., § 117; Stobbe, a. a. O., § 233, III, u. A.

beim Geber zu ziehen. Der Geber trage nämlich die Gefahr, daher sei er Eigentümer [128]). Wegen der Bedenken, die dem entgegenstehen, sei nur auf die obigen Erörterungen über die Gefahrtragung beim Vertriebsvertrag verwiesen.

Einige Schriftsteller des gemeinen Rechts machen einen Eigentumsübergang beim Vertriebsvertrag davon abhängig, daß dem Empfänger entweder der Preis ausdrücklich kreditiert oder dieser von ihm bezahlt sei [129]). Diese Ansicht wird damit begründet, daß der Vertriebsvertrag ein kaufähnliches Geschäft sei, daß beim Kauf das Eigentum aber nur dann übergehe, wenn der Preis bezahlt oder kreditiert sei.

Abgesehen davon, daß wir, um es nochmals hervorzuheben, im Vertriebsvertrag kein kaufähnliches Geschäft erblicken, würde diese Argumentation schon deswegen für unser heutiges Recht nicht zutreffen, weil unser Bürgerliches Gesetzbuch beim Kauf keinen gesetzlichen Eigentumsvorbehalt mehr kennt [130]), sondern im Gegenteil in dubio grundsätzlich mit der Uebergabe der Sache das Eigentum auf den Käufer übergeht, indem in der Sachübergabe die konkludente Offerte des Verkäufers an den Käufer zur Eigentumsübertragung und in der Annahme der Sache durch den Käufer die Annahme der Offerte erblickt wird.

Manche verneinen deswegen den Eigentumsübergang, weil der Empfänger befugt sei, die Sache zurückzubringen [131]).

---

128) So schon Anton Faber, Rational. ad Dig. 19,3 cit. bei Chambon, a. a. O., S. 70; Höpfner, a. a. O., § 802.

124) Vgl. v. Wening-Ingenheim, a. a. O., § 277, Schweppe, a. a. O., § 505, u. A.

130) Anders im Röm. Recht, bestritten im Gemeinen Recht.

131) Höpfner, a. a. O., § 802; Cocceji, Ius civile

Dieses spricht aber höchstens gegen einen unbedingten, nicht aber gegen einen eventuellen resolutiv bedingten Eigentumsübergang, wo doch unter Umständen, wenn die Parteiabmachungen es zulassen, eine Sachrückgabe stattfindet.

Als weiteres Argument gegen den Eigentumsübergang wird angeführt, daß das Recht des Gebers, die Sache jederzeit zurückzufordern, gegen einen solchen sowie gegen die Kaufnatur des Vertriebsvertrages spräche [132]).

Im römischen Recht gab es allerdings für Innominatkontrakte das ius poenitendi, welches besagte, daß derjenige, welcher bereits erfüllt hatte, berechtigt sein sollte, selbst dann noch vom Vertrage zurückzutreten und die Sache zurückzufordern, wenn der andere zur Gegenleistung bereit war. Der Eigentümer konnte also hiernach seine Sache zurückfordern, solange sie noch nicht verkauft war [133]). Ein solches gesetzliches ius poenitendi gibt es aber heute nicht mehr. Ein jederzeitiges Zurückforderungsrecht ergibt sich regelmäßig aber auch nicht aus der Natur des Vertriebsvertrags [134]). Denn wir haben es mit einem gegenseitigen Vertrag zu tun, bei dem es dem Empfänger keineswegs gleich ist, ob er verkauft oder nicht. Vielmehr arbeitet er um seines Profits wegen und ist nur aus diesen Gründen das Geschäft eingegangen. Da

---

controvers. ad. Dig. 19,3, cit. bei Chambon, a. a. O., S. 73.

132) Glück, a. a. O., S. 64.

133) Vgl. Windscheid, Pand. 2, § 321, Anm. 11, Chambon, a. a. O., S. 43 f.

134) A. A. außer Glück insbes. Cocceji, ius civile controversum Qu. XII, cit. bei Michaelis, a. a. O., S. 44; Köchy, Observationes practicae ad Leyserum Tom II observ 448 cit. bei Michaelis, a. a. O., S. 44; Mühlenbruch, a. a. O., § 430.

er in der Regel nur auf den Mehrerlös angewiesen ist, so hat er nur Gewinn von dem Geschäft, wenn er die Sache weiter verkaufen kann. Dazu muß ihm aber eine angemessene Zeit zustehen, während der die Sache ihm nicht abverlangt werden kann. Es wird danach in der Regel durch Auslegung der Parteivereinbarungen zu schließen sein, daß das Recht der sofortigen Zurückforderung der zum Vertrieb übergebenen Sache nicht vorhanden ist[135]). — Beim Kommissionsgeschäft wird zwar unter Berufung auf die Bestimmung des § 675 BGB. die gegenteilige Ansicht vertreten[136]). — Der Geber kann demnach die Sache erst dann zurückverlangen, wenn der Empfänger den Termin versäumt, bis zu dem die Preiszahlung erfolgen sollte, wenn eine solche Fristsetzung nicht vorliegt, erst nach angemessener Zeit; d. h. der Empfänger muß genügend Zeit gehabt haben, um sich um den Verkauf der Sache bemühen zu können. Aber selbst bei Annahme eines sofortigen Zurückforderungsrechts des Gebers würde noch nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden können, daß der Empfänger nicht Eigentümer wird. Denn daraus folgt nicht zwingend, daß der Geber Eigentum behält, ganz abgesehen davon, daß die Möglichkeit der Annahme eines resolutiv bedingten Eigentumsübergangs bestehen bleibt.

§ 5.
3. Eigene Entscheidung.

Die eben genannten Gründe, die man zum Beweise dafür anführte, daß das Eigentum beim Lieferanten

---

135) So auch die herrschende Meinung: Dernburg, B. R., § 348, S. 512 f.; Crome, B. R., § 273, S. 715; Arnold, a. a. O., S. 12 f.; Marwege, a. a. O., S. 92 f. u. a.

136) Vgl. Staub, a. a. O., § 383, Anm. 23.

bleibe, sind, wie wir gesehen haben, nicht stichhaltig. Trotzdem ist diese Ansicht die richtige, aber aus anderen und zwar aus folgenden Gründen:

Zunächst besteht gar keine Verpflichtung des Lieferanten zur Eigentumsübertragung auf den Empfänger, sondern nur zur Uebergabe der Sache, damit dieser den Verkauf und die Veräußerung vornehmen kann. Auch die Quellen sprechen nur von einem vendendum dare, d. h. der bloßen Hingabe der Sache zum Verkauf und nicht von einem Eigentumsübergang, wie ja überhaupt auch schon beim Kauf des römischen Rechts nach der herrschenden Meinung[137]) vom Verkäufer nicht die Eigentumsübertragung, sondern nur das rem habere licere geschuldet wurde. Dies ist allerdings kein schlagender Beweis dafür, daß der Geber Eigentümer bleibt, weil der dingliche vom obligatorischen Vertrag losgelöst ist, weist jedoch auf eine solche Folge hin.

Außerdem besteht aber auch gar kein Bedürfnis für einen Eigentumsübergang, da der Vertrieb der dem Empfänger übergebenen Sachen sich doch auch immer schon dann erreichen läßt, wenn dieser bloßer Besitzer der Sache ist. Auf Grund des Vertriebsvertrags ist er ohne weiteres nach § 185 Abs. 1 BGB. ermächtigt, alle erforderlichen Verfügungen über die Sache vorzunehmen.

Wir haben weiter gesehen, daß irgend welche überzeugende Gründe für den Eigentumsübergang nicht angeführt werden konnten. Daher bleibt schon nach dem Prinzip der Kontinuität der Rechte nur der Schluß auf die Fortdauer des Eigentumsrechts des Gebers.

Aber noch weit mehr läßt sich zur Stütze dieser Ansicht vorbringen. Betrachten wir die Frage der

---

137) Vgl. Sohm, a. a. O., § 71, I, 2 aβ.

Eigentumslagerung vom Interessenstandpunkt beider Parteien, so spricht schon folgendes dagegen, daß der Empfänger Eigentümer der Sache wird: Der Lieferant hat die Ware dem Empfänger gegeben, um sie abzusetzen; er will doch hieran keineswegs die Wirkung knüpfen, daß der Empfänger mit der Sache schalten und walten kann, wie er will, mit andern Worten, daß er sämtlicher Rechte an der Sache teilhaftig wird. Denn dadurch würde ja der Geber die Erreichung seines Ziels, nämlich die vereinbarte aestimatio vom Empfänger zu erhalten, mehr gefährden als fördern. Man kann nicht sagen, der Empfänger könne ja so wie so leicht dadurch Eigentümer werden, daß er selbst einträte, und deswegen sei es ganz gleichgültig, ob er von Anfang an Eigentümer sei oder nicht. Denn man beachte hier, daß das Selbsteintrittsrecht nur dispositiver Natur ist, und daher sehr häufig durch Parteivereinbarung ausgeschlossen bezw. seine Geltendmachung erschwert sein wird, insbesondere in den Fällen, wo der Geber in die Ehrlichkeit des Empfängers kein allzu großes Vertrauen setzt[138]). Der Lieferant will also vielmehr, daß er seiner Rechte an der Sache erst dann verlustig geht, wenn sie dahin gekommen ist, wohin sie nach dem Willen der Parteien kommen soll, nämlich an den Abnehmer des Empfängers, bezw. im Falle des Selbsteintritts an diesen selbst.

Gestützt wird diese Auffassung noch dadurch, daß das Recht an die Lagerung des Eigentums eine ganze Reihe von Wirkungen knüpft. Erwähnt sei beispielsweise das Aussonderungsrecht des Eigentümers beim Konkurse des Schuldners. Das würde für unseren Fall bedeuten, daß der Geber dieses Recht nur dann hätte, wenn er Eigentümer bliebe. Zwar gibt die

---

138) Vgl. oben S. 45.

herrschende Meinung[139]) dem Kommittenten bei der Einkaufskommission und dem Fiduzianten beim fiduziarischen Rechtsgeschäft auch das in § 43 K. O. vorgesehene Aussonderungsrecht für den Fall des Konkurses des Einkaufskommissionärs bezw. des Fiduziars. Diese Fälle stellen jedoch eine Ausnahme dar und erklären sich aus der bei beiden Geschäften eigenen Rechtslage. Bei der Einkaufskommission wird der Kommissionär notwendigerweise Eigentümer der Ware. Denn er handelt ja im eigenen Namen und der Lieferant überträgt daher ihm das Eigentum. Zu seinem Schutze wird nun dem Kommittenten das Aussonderungsrecht zugestanden. — Beim fiduziarischen Rechtsgeschäft wird dem Fiduziar vornehmlich deswegen das Eigentum eingeräumt, weil dem BGB. eine hypotheca an beweglichen Sachen d. h. ein Vertragspfandrecht ohne Besitzübergang nicht bekannt ist[140]). Mit Rücksicht darauf wird nun im Falle des Konkurses des Fiduziars, weil die übertragene Sache wirtschaftlich noch zum Vermögen des Fiduzianten gehört, diesem ein Aussonderungsrecht gegeben. — Die Notwendigkeit, die in den vorstehenden Fällen für die Lagerung des Eigentums beim Einkaufskommissionär bezw. beim Fiduziar besteht, findet sich aber nicht beim Vertriebsvertrag (ebenso wenig bei der Verkaufskommission). Wie wird da der Geber so töricht sein, seine bevorzugte Stellung als Eigentümer ohne Grund und ohne Notwendigkeit aufzugeben. Auch liegt hier wegen Fehlens zwingender Argumente zum Eigentumsübergang vom Geber auf den Empfänger kein Grund vor, dem Geber wie dem Kommittenten bei der Einkaufskommission und dem Fiduzianten beim fiduzia-

---

139) Vgl. insbes. Jaeger, Komm. zur K. O., Bd. 1, § 43, Anm. 38 bis 52.

140) Vgl. auch die Ausführungen auf S. 65 ff., S. 72 f.

rischen Rechtsgeschäft das Aussonderungsrecht des § 43 K. O. für den Fall zu gewähren, daß er das Eigentum auf den Empfänger überträgt.

Ferner ist der Grundsatz casum sentit dominus zu beachten, d. h. der Eigentümer muß den Schaden tragen, der der Sache durch Zufall zustößt. Danach müßte aber der Empfänger von dem Augenblick an, wo das Eigentum auf ihn übergehen würde, auch das periculum rei tragen. Nun hat auch dieser seinerseits kein Interesse daran, dieses Risiko auf sich zu nehmen. Also darf man auch nicht ohne weiteres eine dahingehende Erklärung von seiner Seite annehmen. Das bedeutet, daß dann eine Aenderung der Verhältnisse nicht eintritt und alles beim alten bleibt, d. h. daß der Geber das Risiko des zufälligen Unterganges der Sache behält, obwohl ihm das vielleicht wenig angenehm ist. Die Gefahr bleibt also im Zweifel beim Geber, falls nicht, was natürlich zulässig ist, der Empfänger vertraglich sich zur Uebernahme bereit erklärt. Auch dies gibt einen Anhalt für die Lagerung des Eigentums beim Geber.

Also nicht nur aus Gründen, die zu Gunsten des Gebers, sondern auch aus Gründen, die zu Gunsten des Empfängers wirken, liegt eine solche Veränderung der Eigentumslagerung keineswegs im Interesse der Parteien.

Schon aus diesen Erwägungen rechtfertigt sich der Schluß, daß beim Fehlen besonderer Abmachungen beim Vertriebsvertrag über bewegliche Sachen ein Eigentumsübergang auf den Empfänger nicht Platz greift.

Eine wesentliche Stütze findet dieses Ergebnis in einer Vergleichung des Vertriebsvertrags mit der Verkaufskommission, der der Vertriebsvertrag, wie wir bereits mehrfach hervorhoben, am meisten ähnlich ist. Bei beiden Verträgen ist der wirtschaftliche Zweck im

wesentlichen derselbe, nämlich auf das vendendum dare gerichtet, d. h. den Vertrieb eines Gegenstandes mit Hilfe einer Mittelsperson, des Empfängers beim Vertriebsvertrag und des Verkaufskommissionärs bei der Verkaufskommission.

Nach außen hin zeigen beide Verträge dasselbe Gesicht, und zwar ist für beide das im eigenen Namen Handeln der Mittelspersonen typisch. Das zeigt sich darin, daß aus dem Vertrage zwischen Geber (Kommittent) und Empfänger (Verkaufskommissionär) nur diese beiden berechtigt und verpflichtet werden, während der Dritte davon unberührt bleibt. Letzterer steht nur mit dem Empfänger (Verkaufskommissionär) in einem schuldrechtlichen Verhältnis, nur mit diesem kontrahiert er. Meistens wird er garnicht wissen, daß der Empfänger (Verkaufskommissionär) die Sache als eine fremde, in fremdem Auftrag verkauft, da dieser eben im eigenen Namen handelt.

Trotz dieser Uebereinstimmung zeigen sich in den obligatorischen Rechtsbeziehungen der Parteien eine Reihe von Abweichungen. Denn der Empfänger verkauft für eigene, dagegen der Verkaufskommissionär für fremde Rechnung. Das bedeutet insbesondere, daß der Empfänger beim Vertriebsvertrage selbständig und unabhängig ist, und überwiegend für sein eigenes Interesse handelt. Im übrigen hat er nur die Pflichten zu erfüllen, die die Verkaufsbemühungspflicht mit sich bringt. Dafür treffen ihn aber auch die Vor- und Nachteile des Geschäfts, ausgenommen das Risiko der Unverkäuflichkeit der Ware, da er sie zurückgeben darf.

Entsprechend ist auch die rechtliche Stellung des Verkaufskommissionärs dem Kommittenten gegenüber. Dieser muß wie jeder, der für fremde Rechnung Geschäfte führt, dem Kommittenten gegenüber über das Geschäft Rechenschaft ablegen, den ganzen aus der Geschäftsbesorgung erlangten Erlös herausgeben, seinen

Befehlen Folge leisten und das Interesse des anderen in jeder Weie wahrnehmen. Vgl. § 384 HGB. Hier trifft aller Gewinn und Verlust des Verkaufs nur den Kommittenten, der allein auch das Risiko des Geschäfts trägt, außer im Falle der Delkrederehaftung des Verkaufskommissionärs nach § 394 HGB.

Es braucht hier auf diese Unterschiede zwischen Vertriebsvertrag und Verkaufskommission nicht weiter eingegangen zu werden; denn sie betreffen nur die schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen der Parteien ohne die dingliche Seite irgendwie zu beeinflussen [141]).

Trotzdem gibt uns der Verkaufskommissionsvertrag für unsere Frage der dinglichen Rechtslage beim Vertriebsvertrag gewisse Anhaltspunkte. Denn beiden Verträgen ist gemeinsam, daß die von dem Lieferanten bezw. Kommittenten zur Verfügung gestellten Güter nicht zu völlig freier Verfügung dem Empfänger bezw. dem Verkaufskommissionär überlassen werden, sondern beide nur Mittelspersonen sind, die die Waren dem Kunden zuführen sollen. Daß bei der Verkaufskommission eine stärkere Abhängigkeit des Verkaufskommissionärs vom Kommittenten besteht, tut der Mittlereigenschaft des Empfängers und Verkaufskommissionärs keinen Abbruch.

Es bedarf also einer kurzen Erörterung über die Eigentumslagerung beim Verkaufskommissionsgeschäft. Im einzelnen ist dazu folgendes zu sagen: Zunächst ist nicht einzusehen, warum der Kommittent seine bevorzugte Stellung als Eigentümer des Gegenstandes aufgeben soll, wo der ganze Zweck und Charakter des Geschäfts dies nicht erfordert. Denn die Eigentumsübertragung auf den Dritten ermöglicht sich auf Grund

---

141) Vgl. über die Begriffe „für eigene und für fremde Rechnung handeln" Nußbaum, a. a. O., § 5 und die dort zitierte Literatur.

des § 185 Abs. 1 BGB. bezw. der §§ 932 BGB. und 366 HGB.[142]). Daher liegt weder eine Verpflichtung noch ein Bedürfnis zur Eigentumsübertragung auf den Verkaufskommissionär vor.

Auch geht das Ziel des Kommittenten doch dahin, den für die zum Verkauf hingegebene Sache erzielten Preis, der meist nach unten fest begrenzt wird, zu erhalten. Der Erreichung dieses Ziels würde er aber in keiner Weise dienen, wenn er das Eigentum sofort mit der Hingabe auf den Verkaufskommissionär übertragen würde. Denn er würde diesem dadurch eine Macht über die Sache in die Hand geben, der die Vereitelung oder Hinausschiebung seines Ziels, nämlich den Preis zu erlangen, ein leichtes sein würde.

Ferner würde der Kommittent durch Eigentumsübertragung auf den Verkaufskommissionär sein Aussonderungsrecht im Konkurse desselben verlieren. Bei der wirtschaftlichen Lage aber, in der sich der Kommissionär in der Regel befindet, — er hat meistens kein eigenes Geschäftskapital und Betriebsvermögen sondern besitzt lediglich seinen Kundenkreis — würde sich der Kommittent in einer sehr ungesicherten wirtschaftlichen Position befinden, wenn ihm dieses Recht abgehen würde[143]). Dies spricht dafür, daß der Kommittent im eigenen Interesse darauf bedacht sein muß, sich das Eigentum zu erhalten.

Auch vom Interessenstandpunkt des Verkaufskommissionärs ist vorstehendes Ergebnis zu billigen. Er wird in der Regel kein Interesse an einem Eigentumsübergang haben, weil ihm damit auch das periculum

---

142) Vgl. hierzu S. 87 ff.

143) Die Gründe, die bei der Einkaufskommission die Lagerung des Eigentums beim Kommissionär und das Aussonderungsrecht des Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs bedingen, sind oben auf S. 54 angegeben.

rei nach dem Grundsatz casum sentit dominus treffen würde.

Nichts spricht also für einen Eigentumsübergang auf den Kommissionär, weder die Natur des Vertrags noch sonstige Gründe [144]). Nach dem Prinzip der Kontinuität der Rechte bleibt aber der alte Rechtszustand solange bestehen, bis irgend etwas eingreift, welches auf eine Veränderung desselben schließen läßt.

Bei dieser Verwandschaft der Gründe, die bei beiden Verträgen gegen einen Eigentumsübergang auf den Empfänger bezw. Verkaufskommissionär sprechen, wird, da auch, wie schon gesagt, der wirtschaftlich angestrebte Erfolg bei beiden Verträgen ein sehr ähnlicher, ebenso das Außenverhältnis bei ihnen dasselbe ist, der Schluß gezogen werden dürfen, daß beide bezüglich der dinglichen Rechtslage gleich zu behandeln sind.

Da aber, wie wir feststellten, der Verkaufskommissionär im Zweifel nicht Eigentümer der ihm zum Verkauf übergebenen Ware wird, sondern das Eigentum direkt auf den Dritten überträgt, so ist daraus zu folgern, daß auch beim Vertriebsvertrag über bewegliche Sachen im Zweifel Eigentum auf den Empfänger nicht übergeht.

In Uebereinstimmung hiermit bestimmt denn auch die buchhändlerische Verkehrsordnung in § 11 a, daß beim sog. buchhändlerischen Konditionsgeschäft, d. h. einer Erscheinungsform unseres Vertrags, das Konditionsgut Eigentum des Verlegers bleibt. Hier hat der Verkehr zu einer klaren Regelung geführt.

Dieses Ergebnis, daß im Zweifel Eigentum nicht übergeht, trifft grundsätzlich zu auf jeden Vertrieb von beweglichen Sachen, erstreckt sich insbesondere auch

---

144) So insbes. Staub, Kommentar, § 383, Anm. 33 u. 35 a; Jäger, a. a. O., § 43, Anm. 51.

nach heutigem Recht[145]) auf den Fall, daß vertretbare Sachen unter der Vereinbarung zum Vertrieb hingegeben werden, daß im Falle der Sachrückgabe Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren sind. Hier geht das Eigentum auf den Empfänger erst und nur in dem Augenblick über, in welchem er sich die Sache zueignet, also im Falle des Selbsteintritts. Dies folgt aus einer Heranziehung von § 700 Satz 2 BGB. Er bringt zum Ausdruck, daß das Eigentum in dem Falle, daß der Hinterleger dem Verwahrer gestattet, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, erst mit der Aneignungshandlung des Verwahrers übergeht, nicht schon mit der Uebergabe seitens des Gebers. Aus dieser Vorschrift lassen sich, wie bereits gesagt, auch manche Schlüsse für die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag ziehen. Einerseits bietet sie für unsere oben geäußerte Ansicht, daß im Zweifel ein Eigentumsübergang vom Geber auf den Empfänger nicht Platz greift, eine Stütze, auf der anderen Seite erlangen wir hier einen Fingerzeig dafür, wie sich die dingliche Rechtslage beim Selbsteintritt des Empfängers gestaltet.

Betrachten wir den Inhalt des § 700 Satz 2 BGB., so haben wir zu beachten, daß ausdrücklich hervorgehoben wird, daß der Hinterleger dem Verwahrer gestatten muß, hinterlegte Sachen zu verbrauchen; also wird eine Willenserklärung des Hinterlegers als Voraussetzung für die Zulässigkeit des Verbrauchs vorgeschrieben. Weiter aber sehen wir, daß dies Gestatten allein nicht genügt, um den Eigentumsübergang zu bewirken. Vielmehr muß dann auch der Verwahrer eine Aneignungshandlung vornehmen und nach außenhin zu erkennen geben, daß sich eine Rechtsänderung vollziehen soll.

---

145) Anders nach Römischem Recht, vgl. S. 32.

Die Zulässigkeit der Heranziehung des § 700 Satz 2 BGB. für die Anwendung auf unseren Vertriebsvertrag setzt voraus, daß beide Tatbestände in ihren entscheidenden Voraussetzungen in dinglicher Hinsicht wesensgleich oder mindestens ähnlich sind. Hierzu sei folgendes bemerkt: Bei einem Darlehnsvertrag ist Voraussetzung, daß die darlehnsweise hingegebene Sache ins Eigentum des Darlehnsnehmers übergeht. Die Leistung liegt also in erster Linie im Interesse des Empfängers, und daher geht der Wert vom Vermögen des Gebers in das des Empfängers über. Beim Verwahrungsvertrag andererseits geht die Absicht der Parteien dahin, daß eine Sache für den Geber vom Empfänger aufbewahrt wird. Hier liegt also das Vertragsinteresse in erster Linie auf Seiten des Gebers. Es greift hier also kein Eigentumsübergang Platz, zumal da es auch unbillig wäre, dem Verwahrer neben seiner Obhutspflicht das periculum rei aufzubürden. — Eine Zwischenbildung entdecken wir beim sogenannten depositum irregulare des § 700 BGB. Hier spielt das Interesse beider Parteien in das Verhältnis hinein, und drückt ihm entsprechend den Stempel auf. Auf der einen Seite liegt dem Geber daran, seine Ware irgendwie in Verwahrung zu geben und die eventuell hierdurch gebotenen wirtschaftlichen Vorteile zu ziehen. Auf der anderen Seite handelt der Nehmer aber nicht ausschließlich im Interesse des Gebers. Vielmehr soll seinem Interesse insofern Rechnung getragen werden, als ihm der wirtschaftliche Wert der hinterlegten Sache auf eine Zeitlang zur Verfügung stehen soll. Dieser Zwiespalt beider Interessen wird vom Gesetz in § 700 Satz 2 BGB. nun in der Weise gelöst, daß solange, wie das Interesse des Gebers an der Verwahrung überwiegt, das Eigentum und damit auch das periculum rei beim Geber bleibt. In dem Moment jedoch, in welchem der Nehmer die

Sache zu seinem Vorteil verwendet, ändert sich die dingliche Rechtslage und zwar in dem Sinne, daß nunmehr das Eigentum vom Geber auf den Nehmer übergeht und letzterer jetzt auch das periculum rei zu tragen hat.

Bei diesen Betrachtungen wird wohl schon die große Aehnlichkeit mit den Verhältnissen beim Vertriebsvertrag aufgefallen sein. Der Geber gibt hier dem Empfänger eine Sache zum Vertrieb, die er gerne los sein will. Sein Interesse geht also dahin, eine Person zu finden, die die Sache in Obhut nimmt und nach einer Verwertung strebt. Das Interesse des Empfängers, die unbeschränkte Verfügungsmacht über die Sache auszuüben, beginnt erst in dem Moment, in welchem ein Selbsteintritt für ihn in Frage kommt[146]). Wir befinden uns also im Einklang mit der Vorschrift des § 700 Satz 2 BGB. und damit dem Gedanken des Gesetzes überhaupt, wenn wir den Eigentumsübergang auch auf den Moment verlegen, in dem das Interesse des Nehmers, die volle Verfügungsmacht über die Sache zu erhalten, sich voll auswirkt, d. h. also auf den Zeitpunkt, wo er von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht. Das bedeutet insbesondere für den Fall, der hier speziell behandelt werden sollte, daß nämlich vertretbare Sachen unter der Vereinbarung dem Empfänger zum Vertrieb hingegeben werden, daß im Falle der Sachrückgabe Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren sind, ein Eigentumsübergang auf den Empfänger erst im Zeitpunkt der Zueignungshandlung desselben, also nur im Falle des Selbsteintritts vor sich geht. Das Ergebnis dieses speziellen Falles weicht also in nichts von der oben gefundenen dinglichen Rechtslage beim Vertrieb von beweglichen Sachen ab.

---

146) Vgl. Näheres auf S. 73 ff.

Unberührt bleiben natürlich trotz der vorstehenden Ausführungen, daß Eigentum im Zweifel nicht übergeht, die Vorschriften über Eigentumsuntergang durch Verarbeitung oder Vermischung. Dies erklärt sich schon daraus, daß das Gesetz ja an das bloße tatsächliche Verarbeiten und Vermischen bestimmte Rechtsfolgen knüpft ohne Rücksicht darauf, ob ein dahingehender rechtsgeschäftlicher Wille vorhanden ist. Der Geber verliert also durch Verarbeitung gemäß § 950 BGB. sein Eigentum. Ferner geht es durch ununterscheidbares Einreihen der dem Empfänger zum Vertrieb übergebenen Sache in dessen Eigenlager gemäß §§ 948, 947 BGB. verloren. Aber nur für den Fall, daß die Sache des Empfängers als Hauptsache anzusehen ist, wird dieser Allein-Eigentümer (§ 947 Abs. 2 BGB.). Ist keine der Sachen als Hauptsache anzusehen, so entsteht Miteigentum des Gebers und des Empfängers nach Wertverhältnis.

Besonders komplizierte Verhältnisse können entstehen, wenn ein sogenanntes Sammellager vorliegt, d. h. wenn mehrere Geber einem Empfänger Waren zum Vertrieb übergeben haben und diese einheitlich gelagert werden. Hier würden dann sämtliche Geber unter Ausschluß des Empfängers Miteigentümer werden. Dieser Fall wird praktisch sehr häufig beim Vertrieb von Getreide, Petroleum, Spiritus und sonstigen Naturprodukten vorkommen[147]).

Zu einer Vermischung wird der Empfänger ohne besondere Erlaubnis nicht befugt sein. Er hat vielmehr im Zweifel die ihm zum Vertrieb übergebenen Sachen so aufzubewahren, daß eine etwaige Rückgabe derselben immer möglich ist. Die Gefahr des Verlustes des Eigentums bezw. der Beeinträchtigung desselben

---

147) Vgl. auch § 419 HGB., sowie Jur. W. 1912, S. 585, und M. Wolff, Sachenrecht, § 72, III, 2, Anm. 16.

durch Vermischung wird andererseits dadurch abgeschwächt, daß die Waren des Gebers in der Regel irgendwie gekennzeichnet sein werden, sei es durch eine Fabrikmarke oder sonstige Unterscheidungsmerkmale, z. B. durch Auszeichnung der Bücher beim buchhändlerischen Konditionsgeschäft. Infolgedessen wird eine vertragswidrige Vermischung so gut wie unmöglich gemacht, außer im Falle der Unehrlichkeit des Empfängers oder sonstigen vertragswidrigen Vorgehens desselben.

§ 6.

II. Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag über Rechte.

Wenn auch der Vertrieb von beweglichen Sachen in der Praxis das Normale sein wird, so ist doch, wie schon anfangs erwähnt, dies kein Grund, die Möglichkeit des Vertriebs von Rechten zu verneinen. Bei der Betrachtung der dinglichen Rechtslage in einem solchen Falle wird man in der Richtung zu unterscheiden haben, ob ein Recht formlos„ also durch bloße Abtretungserklärung übertragen werden kann, oder ob hierzu besondere Formvorschriften vorgesehen sind.

Im ersteren Falle kann man aus denselben Erwägungen heraus wie beim Vertrieb von beweglichen Sachen zu dem Schluß gelangen, daß der Empfänger das Recht selbst nicht erhält, sondern die Uebertragung bei der Veräußerung an den Dritten direkt nach den Regeln des § 185 Abs. 1 BGB. vornimmt. Diese Bestimmung spricht bewußtermaßen von Verfügungen über einen Gegenstand, will also nach der Terminologie des bürgerlichen Gesetzbuchs nicht nur die beweglichen Sachen, sondern auch sonstige Vermögenswerte erfassen. Das würde bedeuten, daß der Empfänger, obwohl er das Recht selbst nicht hat,

es durch bloße Erklärung im eigenen Namen auf den Dritten übertragen kann [148]).

Schwierigkeiten tauchen bei denjenigen Rechten auf, deren Uebertragung nach den Bestimmungen des Gesetzes einer bestimmten Form bedarf. Hierher gehören namentlich die Buchhypotheken. Bei diesen wäre erforderlich, daß der Empfänger, um beim Grundbuch die erforderliche Eintragung des dritten Erwerbers veranlassen zu können, da er ja nicht Vertreter des Gebers sondern eigener Unternehmer sein soll, selbst im Grundbuch als Inhaber des Rechts eingetragen sein würde; denn nur auf diese Weise würde er dem Grundbuch gegenüber die Legitimation besitzen. In diesen Fällen wird also der Empfänger nach außen hin Inhaber des zu vertreibenden Rechts. Im Innenverhältnis wird er aber aus denselben Gründen heraus, weswegen wir beim Vertrieb von beweglichen Sachen im Zweifel einen Eigentumsübergang auf den Empfänger verneinten, den Geber als den wahren Berechtigten zu betrachten haben. Das würde also einen Fall der fiduziarischen Uebereignung darstellen. Das ist insofern sehr bedeutsam, als nach außen hin der Empfänger nur allein verfügungsberechtigt ist, also auch wider den Willen des Gebers das Recht weiter übertragen kann. Die Vereinbarung, daß er dem Geber gegenüber sich nicht als Inhaber sondern nur als Besitzer des Rechts betrachten darf, wirkt nur obligatorisch und macht ihn bei Verletzung dieser Pflicht nur schadensersatzpflichtig [149]). Zu beachten ist in einem solchen Falle auch die Stellung des Gebers im Konkurse des

---

148) Vgl. auch Enneccerus, Schuldrecht, § 303, IV, 2: Die Einziehungsermächtigung; das ist eine Cession mit beschränkter Wirkung. Eine solche besondere Ermächtigung ist aber nicht nötig, weil wir schon mit § 185, Abs. 1 BGB. zum Ziel gelangen.

149) Enneccerus, allgem. Teil, § 139, II, 1, 2.

Empfängers. Trotzdem nach außenhin der Empfänger Inhaber des Rechts geworden ist, so wird doch nach Entscheidung des Reichsgerichts hier dem Geber ein Aussonderungsrecht zugebilligt, da sonst die Gläubiger auf Kosten des Gebers befriedigt werden würden [150]).

§ 7.

III. Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag über Grundstücke.

Aus ähnlichen Gründen, wie soeben erwähnt, wird sich beim Vertrieb von Grundstücken eine Eintragung des Empfängers ins Grundbuch als Eigentümer vernotwendigen. Denn zur Eigentumsübertragung an Immobilien ist Auflassung und Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Regelmäßig wird daher hier der Geber dem Empfänger, um die Zwecke des Vertriebsvertrags zu erreichen, die Sache zu Eigentum übertragen müssen. Denn andernfalls hätte der Empfänger gar keine Möglichkeit, im eigenen Namen über die Sache zu verfügen, da er ja dem Grundbuch gegenüber nicht legitimiert wäre. Diese Uebereignung an den Empfänger wird auch hier in der Regel in der Form der fiduziarischen geschehen, d. h. juristisch wird der Empfänger — hier auch Trustee genannt [151]) — durch Auflassung und Eintragung Eigentümer, damit er Dritten gegenüber als Eigentümer auftreten kann. Im Innenverhältnis hat er jedoch den Weisungen des Gebers bezüglich der Ausübung der Eigentumsrechte zu entsprechen, hat also eine ähnliche Stellung wie der Empfänger im Zweifel beim Vertrieb von be-

---

150) R. G. Z., Bd. 45, S. 80 ff.; Bd. 35, S. 77 ff.; Bd. 31, S. 392; vgl. auch Enneccerus, allgem. Teil, § 139, II, 3, und Schuldrecht, § 303, IV, 1.

151) Liebert, a. a. O., S. 66 f.

weglichen Sachen. Ueber die Stellung des Gebers im Konkurse des Empfängers und die Verfügungsmacht des letzteren vergleiche die Ausführungen im vorigen Abschnitt. Zu erwähnen ist noch, daß eine bedingte Eigentumsübertragung von Grundstücken nicht möglich ist, da es keine bedingte Auflassung gibt.

§ 8.

IV. Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag beim Vorhandensein von diesbezüglichen Abmachungen.

Die schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse der Nachkriegszeit haben dazu geführt, daß sich Produktion und Handel in erhöhtem Maße zu Interessenverbänden zusammengeschlossen haben. Diese haben es sich denn auch in der Regel zur besonderen Aufgabe gemacht, die Bedingungen für die zu tätigenden Geschäfte festzulegen. Dies gilt vor allem für solche Gebiete, wo eine direkte gesetzgeberische Regelung fehlt und daher leicht Unklarheiten und Zweifel auftreten können. Dazu gehört insbesondere auch der Vertriebsvertrag. Für eine wichtige Erscheinungsform desselben, das buchhändlerische Konditionsgeschäft, wurden schon vor dem Kriege durch die buchhändlerische Verkehrsordnung bestimmte Geschäftsregeln und Bedingungen aufgestellt.

Diese Verbandsvereinbarungen können wir daher auch, da sie im Zweifel dem geschlossenen Geschäft zu Grunde gelegt sind, heranziehen, wenn es sich darum handelt, im einzelnen Falle die dingliche Rechtslage festzustellen. Daneben kommen selbstverständlich die sonstigen von Fall zu Fall getroffenen und möglichen Abmachungen der Parteien in Betracht.

Zunächst werden wir solche Vereinbarungen vor allem des Inhalts finden, daß Eigentum beim Liefe-

ranten bleiben soll. Diese Vereinbarungen sind natürlich ohne weiteres möglich, da sie ja an sich nur die dingliche Rechtslage bestätigen, die beim Fehlen derselben in der Regel ohnehin bestehen würde. Es wird damit auch nur bezweckt, eventuelle spätere Zweifel und Streitigkeiten über diese Frage von vornherein zu unterbinden [152]).

Bestritten ist aber die Frage, ob ausgemacht werden kann, daß beim Vertriebsvertrag der Empfänger Eigentümer werden solle, oder ob dies etwa der Natur des Vertrages zuwider laufen würde.

Um diese Frage zu beantworten, hat Leist [153]) ganz richtig zunächst den Blick auf andere ähnliche Verhältnisse geworfen und eine Untersuchung darüber angestellt, ob bei obligatorischen Verträgen, die an sich ihrem Wesen nach bloße Besitzverschaffung verlangen, das sind Leihe, Miete, Pacht, Verwahrungsvertrag usw., der besondere Parteiwille unbeschränkt feststellen könne, daß ein Eigentumsübergang stattfinden solle. Er verneint das mit der Begründung, daß der Parteiwille, der das betreffende obligatorische Verhältnis feststellt, mit sich selbst in Widerspruch treten würde, wenn er zugleich bestimmen wollte, hierdurch solle der Sachempfänger Eigentümer werden.

Nun steht aber doch das heutige Recht auf dem Standpunkt, daß beim Verwahrungsvertrag, bei Leihe, Miete, Pacht usw. auch die eigene Sache Gegenstand eines solchen Vertrags sein könne. Beispielsweise wird es sehr häufig vorkommen, daß der Eigentümer seine eigene Sache mietet, pachtet oder entleiht, insbesondere dann, wenn daran einem anderen zur Zeit ein das Gebrauchsrecht des Eigentümers ausschließendes Recht

---

152) Siehe den Entwurf eines Vertriebsvertrags bei Hoeniger-Cahn, a. a. O., S. 79.

153) Leist, a. a. O., S. 243 ff.

zusteht, wie beispielsweise ein Nießbrauch, Erbbaurecht oder Faustpfand, oder daß der Ehemann aus irgend einem Grunde ein seiner Frau gehörendes Vermögensstück, an welchem ihm die Nutznießung und Verwaltung zusteht, dieser in Verwahrung gibt.

Ein weiterer Fall ist der, daß der Eigentümer die Sache, um sich den ihm faktisch entzogenen Besitz und Gebrauch derselben zu verschaffen, vom Besitzer für die Zeit des schwebenden Eigentumsprozesses mietet, oder daß der Eigentümer vom Stockwerksmieter ein Zimmer abmietet. Derartige Fälle kannte auch das römische Recht [154]).

Es handelt sich bei den angeführten Fällen immer darum, daß der Eigentümer-Mieter, Eigentümer-Verwahrer usw. ein Interesse an einem solchen Vertrage hat. Wenn ein solches Interesse nicht bestand, so war nach römischem Recht ein solcher Vertrag nichtig [155]). Heute ist letztere Frage sehr bestritten [156]). Praktisch wird es sich, wenn ein Interesse des Eigentümers an einem solchen Vertrage nicht besteht, in der Regel in diesen Fällen nur darum handeln können, daß ein Eigentümer, der sein Eigentumsrecht nicht kennt, eine Miete, Pacht usw. abschließt. Ich halte einen solchen Vertrag für gültig, denn eine Unmöglichkeit der Leistung nach § 306 BGB. liegt doch nicht vor [157]), und begrifflich sind ja derartige Verträge überhaupt über eigene Sachen wie oben dargelegt, wohl denkbar und möglich. Höchstens könnte hier ein Anfechtungsrecht

---

154) Vgl. z. B. l. 28 D. 41,2, sowie auch l. 54 § 4 D. 47,2.

155) l. 21 D. 41,3; l. 45 D. 50, 17.

156) Vgl. insbes. hierzu M. Wolff, Festgabe für Rob. Koch, S. 175; Hellmann, Krit. Vierteljahrschr., Bd. 90, S. 434, und Oertmann, a. a. O., Vorbem. 1 b zu § 535 BGB.

157) So auch Hellmann, a. a. O.

des Eigentümers nach § 119 Abs. 2 BGB. wegen eines Irrtums über nach der Verkehrsauffassung wesentliche Eigenschaften der Sache in Frage kommen.

Wenn aber bei derartigen obligatorischen Verträgen überhaupt eine eigene Sache als Vertragsobjekt in Betracht kommen kann, dann ist auch nicht einzusehen, warum der Parteiwille nicht feststellen könne, daß ein Eigentumsübergang stattfinden solle. Vielmehr folgt aus den obigen Ausführungen, daß dieser sowohl als Inhalt des obligatorischen Vertrags als auch in einem besonderen dinglichen Vertrag vereinbart werden kann, ohne daß dadurch die Natur des betreffenden Vertrags eine andere wird.

Dieses Resultat können wir entsprechend auf den Vertriebsvertrag anwenden, denn auch hier handelt es sich um ein ähnliches Rechtsverhältnis wie in den vorgenannten Fällen. Das würde bedeuten, daß sowohl ein Vertriebsvertrag über die im Eigentum des Empfängers stehenden Gegenstände abgeschlossen werden kann, als auch, daß die Parteien ohne weiteres ausmachen können, daß ein Eigentumsübergang auf den Empfänger Platz greifen solle. Auch ist zu beachten, daß der Zweck und die wirtschaftliche Natur des Vertriebsvertrags durch eine derartige Abmachung nicht berührt werden und eine Veränderung seiner Essentialien hierdurch nicht eintritt. Der Abschluß derartiger Vertriebsverträge ist also nur denselben rechtlichen Schranken unterworfen wie andere Verträge auch; es würde also z. B. wegen anhaftender Unsittlichkeit oder wegen Unmöglichkeit der Leistung Nichtigkeit eintreten.

Solche Vertriebsverträge mit Eigentumsübergang auf den Empfänger sind aber nicht nur theoretisch möglich, sondern werden auch in der Praxis sehr häufig getätigt. Hingewiesen sei hier nur nochmals auf die Vertriebsverträge über Grundstücke und Buchhypothe-

ken, wo ein Eigentumsübergang auf den Empfänger erforderlich war.

Denkbar sind auch Verträge analog der Vorschrift des § 700 Satz 1 BGB. Denn wir haben oben gesehen, daß nach § 700 Satz 2 BGB. dem Nehmer die Möglichkeit gegeben ist, das Eigentum auf sich zu übertragen. Um so mehr muß dann die Möglichkeit, einen sofortigen Eigentumsübergang zwischen den Parteien zu vereinbaren, bestehen.

Ein praktisches Beispiel möge dies erläutern: Ein Maler X möchte gerne auf einer Ausstellung ein Bild verkaufen lassen. Er sendet es nun an einen bekannteren Maler Y, der kraft seiner Beziehungen und seines künstlerischen Rufes bessere Absatzmöglichkeit dafür hat. Dieser will sich auf dieses Geschäft nur dann einlassen, wenn er die eventuell auf das Bild fallende Prämie bekommen würde. Nun fallen aber nach den Bedingungen der Ausstellungsleitung derartige Prämien nur dem Eigentümer des Bildes zu. Um nun trotzdem ihren Zweck zu erreichen, werden hier X und Y zweckmäßigerweise einen Eigentumsübergang auf den Y vereinbaren.

Aehnliche Beispiele lassen sich in großer Anzahl bilden. Auch das römische Recht kannte derartige Fälle [158]). Hier war sogar der Eigentumsübergang in einem Falle direkt erforderlich, nämlich beim Vertrieb von res mancipi. Da das ältere römische Recht eine Verfügung kraft Ermächtigung nicht kannte, so mußte hier der Empfänger Eigentümer werden, wenn er eine Eigentumsübertragung auf einen Dritten vornehmen sollte. Das ist heute nicht mehr nötig, da ja der § 185 Abs. 1 BGB. die Möglichkeit vorsieht, daß ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügen kann, wenn die Einwilligung des Berechtigten hierfür vorliegt.

158) Vgl. S. 32 f.

Ein solcher Eigentumsübergang auf den Empfänger kann nun zugleich bei Vertragsabschluß oder später durch einen besonderen dinglichen Vertrag vorgenommen werden; er kann unbedingt oder bedingt, sei es suspensiv oder resolutiv erfolgen. Die Parteien können aber auch vereinbaren, daß die Uebereignung der Sache nur eine fiduziarische sein solle. Eine derartige Vereinbarung wird dann Platz greifen, wenn der Empfänger obligatorisch verpflichtet ist, diese zu treuen Händen übergebene Sache nur in einer bestimmten Weise zu gebrauchen, und wenn der Zweck der fiduziarischen Uebereignung erreicht ist, sie wieder zurück — wenn ihm z. B. der Verkauf nicht gelingt — oder an einen Dritten zu übertragen bezw. selbst zu übernehmen [159]). Ein derartiger fiduziarischer Eigentumsübergang wird meistens üblich sein beim Vertrieb von Grundstücken und Buchhypotheken, wie wir bereits ausgeführt haben, ist aber auch denkbar im Falle des Maler X, der sein Gemälde dem Y zu Eigentum überträgt. Denn in beiden Fällen wollen doch die Parteien im Innenverhältnis garnicht einen Eigentumsübergang, sondern nur nach außen hin soll der Empfänger als Eigentümer legitimiert sein, und zwar einmal dem Grundbuch gegenüber, im andern Falle der Ausstellungsleitung gegenüber. Auch in folgendem Falle werden die Parteien in der Regel nur eine fiduziarische Uebereignung gewollt haben: Einem Gläubiger werden Waren übereignet, damit er deren Verkauf versuche und im Falle des Verkaufs einen vorher bestimmten Betrag dem Schuldner gut bringe mit dem Recht, bei Nichtverkäuflichkeit der Ware sie zurückzugeben.

Ob nun im einzelnen Falle ein fiduziarischer Eigentumsübergang oder ein Eigentumsübergang unter einer

159) Vgl. Näheres über fiduziarisches Eigentum bei Staudinger, a. a. O., Vorbem. VI 4 zu § 903 BGB., und Vorbem. VI H vor § 104 ff. und die dort zitierte Literatur.

Bedingung vorliegt, wird sich aus dem Vertragsinhalt und Vertragszweck ergeben. Jedenfalls kann es sich beim Vertrieb von Grundstücken im Zweifelsfalle nur um eine fiduziarische Eigentumsübertragung handeln, da es, wie bereits gesagt, eine bedingte Auflassung und daher einen bedingten Eigentumsübergang hier nicht gibt (§ 925 Abs. 2 BGB.).

V. Die dingliche Rechtslage im Falle des Selbsteintritts des Empfängers.

§ 9.

1. Die dingliche Rechtslage im Falle der Ausübung des Selbsteintrittsrechts durch den Empfänger.

Wir haben schon mehrfach im Verlauf unserer Ausführungen darauf hingewiesen, daß im Falle der Ausübung des sogenannten Selbsteintrittsrechts durch den Empfänger Eigentum auf diesen übergeht. Wann und wodurch nun hier der Eigentumsübergang erfolgt, soll in Folgendem untersucht werden:

Zunächst ist als Stütze für die dingliche Seite nochmals kurz auf das Wesen und den Zweck des Selbsteintrittsrechts sowie auf dessen obligatorische Seite einzugehen [160]). Das Selbsteintrittsrecht beim Vertriebsvertrag ist das Recht des Empfängers, eventuell selbst als Käufer den ihm vom Geber zum Vertrieb übergebenen Gegenstand übernehmen zu dürfen. Es ist im Prinzip allgemein anerkannt [161]) und folgt aus der Natur und dem wirtschaftlichen Zweck des Vertriebsvertrags. Der Geber will eben, wie schon mehr-

160) Vgl. auch S. 19, Anm. 52, S. 21 f.

161) Windscheid, 2, a. a. O., § 383, Anm. 6; Marwege, a. a. O., S. 26; P. Koch, a. a. O., S. 44, u. andere.

fach erwähnt, für seine Ware einen Käufer haben. Da der Empfänger meistens wegen seiner geringen Kapitalfähigkeit als Käufer nicht in Betracht kommt, stellt er in der Regel nur die Mittelsperson dar, die den Vertrieb der Waren übernimmt. Will nun doch mal der Empfänger selbst als Käufer auftreten, und die Ware selbst übernehmen, so wird hiergegen der Geber nichts einzuwenden haben, wenn er auch auf diese Weise zu seinem Gelde kommt.

Die Selbsteintrittserklärung bedeutet zunächst nur, daß der Empfänger die Sache selbst als Käufer übernehmen wolle, betrifft also an sich nur die obligatorische Seite des Vertriebsvertrags. Doch kann und wird sie, wie wir noch sehen werden, unmittelbare Folgen für die Frage der dinglichen Rechtsgestaltung haben. Auf jeden Fall ist aber auch hier wieder zwischen der obligatorischen und der dinglichen Seite des Geschäfts streng zu unterscheiden. Denn die Ausübung des Selbsteintrittsrechts hat an sich noch nichts mit der Eigentumsfrage zu tun. Jene ist daher, auch nach römischem und gemeinem Recht, unabhängig von der Zahlung oder Kreditierung der aestimatio und kann im Zweifel, so weit nichts besonders bestimmt ist, jederzeit nach Vertragsabschluß geltend gemacht werden.

Uns interessiert weiter die Beantwortung der Frage, in welchem Augenblick und wodurch im Falle des Selbsteintritts des Empfängers kaufrechtliche Wirkunden erzeugt werden, ob durch bloße Erklärung des Selbsteintritts oder durch Zugehen derselben an den Geber oder gar erst durch Annahme der in dieser Erklärung eventuell liegenden Offerte zu einem Kaufvertrage. Diese Frage muß deswegen zunächst untersucht werden, da sie, wie wir noch sehen werden, die causa des im Falle des Selbsteintritts eintretenden Eigentumsübergangs ist.

Die Quellen schweigen über das zur Erörterung gestellte Problem. Da die Meinungen darüber sehr auseinandergehen, so soll zunächst versucht werden, an Hand von Erwägungen, die zu den praktisch brauchbarsten Konsequenzen führen, zu einem befriedigenden Resultat zu gelangen.

Die Meinung vieler Schriftsteller geht beispielsweise dahin, daß durch bloße Erklärung des Selbsteintritts des Empfängers und unabhängig von dem Zugehen der Erklärung bezw. der Zustimmung des Nehmers kaufrechtliche Wirkungen eintreten[163]). Für diese Ansicht läßt sich mancherlei anführen, vor allem, daß doch der Empfänger ganz willkürlich die Person des dritten Abnehmers bestimmen kann. Der Geber äußert also dadurch ein großes Vertrauen zu dem Empfänger, wenn er ihm diese weite Ermächtigung einräumt, die Sache an jeden beliebigen Dritten zu verkaufen. Sollte bei dieser Sachlage dem Empfänger verwehrt sein, sich selbst als Käufer zu bestimmen? Wenn der Empfänger das in ihn gesetzte Vertrauen mißbrauchen will, so kann er das doch auch, selbst wenn Zugehen der Selbsteintrittserklärung oder Zustimmung des Gebers verlangt wird. Er braucht ja nur die Sache an einen Kreditunwürdigen kreditweise abzusetzen oder sonstwie sie dem Zugriff des Gebers zu entziehen. Außerdem ist auch nicht einzusehen, warum der Empfänger schlechter gestellt werden soll, wie jeder Dritte und, wenn er selbst als Käufer auftreten will, alle möglichen Voraussetzungen und Erfordernisse hierfür gestellt werden.

Aus diesen Erwägungen heraus möchte ich die Ansicht derer, daß eine bloße Erklärung des Empfängers genügt, um zwischen den Parteien kaufrechtliche

162) Siehe z. B. Chambon, a. a. O., S. 80 f.; Dernburg, B.R., § 348, I, S. 513, Nr. 4; Marwege, a. a. O., S. 111.

Wirkungen zu begründen, insoweit gelten lassen, als dadurch der Einwand widerlegt wird, es sei in der Selbsteintrittserklärung nur eine Offerte zu einem Kaufvertrag zu erblicken und derselbe werde daher erst durch Annahme durch den Geber wirksam [163]) oder es sei ein Zugehen der Selbsteintrittserklärung an den Geber für ihre Wirksamkeit erforderlich.

Es taucht dann die Frage auf, ob diese bloße Erklärung des Selbsteintritts eventuell durch konkludentes Verhalten des Empfängers z. B. durch Verschenken, Verpfänden usw. der ihm übergebenen Gegenstände ersetzt werden kann [164]). An sich ist es natürlich sehr wohl möglich, und zwar insbesondere in den Fällen, in welchen eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat, daß die Annahme eines Vertrags durch konkludentes Verhalten getätigt worden ist (vgl. § 151 BGB.). Doch bei unserem Selbsteintrittsrecht des Vertriebsvertrags würde das zu unbilligen Resultaten führen und mit dem Charakter unseres Vertragsverhältnisses nicht zu vereinbarende Folgerungen nach sich ziehen. Denn es besteht für den Geber unbedingt die Notwendigkeit, daß er darüber Kenntnis hat, wie viel von den dem Empfänger übergebenen Gegenständen abgesetzt wurden und welche von ihnen noch ihm gehören. Auch für den Fall, daß dem Geber das Recht eingeräumt ist, das Selbsteintrittsrecht des Empfängers zu widerrufen bezw. auszuschließen oder gar den ganzen Vertrag zu kündigen, ist es von Bedeutung, daß der Selbsteintritt des Empfängers nach außen hin hervortritt. Denn sonst könnte ja durch Unterlassen der

163) Vgl. auch O. A. G. zu Lübeck in Seufferts Archiv, Bd. 11, S. 216 ff., Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über die Schuldverhältnisse, Art. 787, Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. Bayern, II, Art. 402.

164) Vgl. so insbesondere Chambon, a. a. O., S. 81.

Mitteilung des Eintritts durch den Empfänger das Widerrufsrecht des Gebers jederzeit dadurch vereitelt werden, daß der Empfänger diesen vor die vollendete Tatsache seines Selbsteintritts durch konkludentes Handeln stellt. Weiter ist zu beachten, daß der Empfänger eben durch Gebrauchmachung seines Selbsteintrittsrechts im Prinzip mit den ihm übergebenen Gegenständen machen kann was er will, daß er sie beispielsweise verschenken, verschleudern, verpfänden oder auch für sich behalten kann — ob hierin im konkreten Falle eine positive Vertragsverletzung durch den Empfänger liegen kann, braucht hier nicht erörtert zu werden und wird nach der Lage des jeweiligen Falles und dem Inhalt der getroffenen Vereinbarungen zu beurteilen sein. — Aber daran muß doch festgehalten werden, daß der Geber das Recht hat, bis dahin darüber zu wachen, was mit der Sache geschieht. Um dieses zu ermöglichen, muß der Empfänger dem Geber davon Mitteilung machen, wenn er den Gegenstand für sich behalten oder sonstwie für sich verwenden will. Erst von diesem Moment ab, also einer dahin gerichteten Erklärung ab, kann demnach eine Ausübung des Selbsteintrittsrechts vorliegen, was, wie wir bereits feststellten, kaufrechtliche Wirkungen hervorruft.

Diese Ansicht findet eine Stütze in der gesetzlichen Regelung des Selbsteintrittsrechts des Verkaufskommissionärs bei der Verkaufskommission im § 400 HGB. Der wirtschaftliche Zweck beider Verträge ist, insbesondere was den beiden gemeinsamen Selbsteintritt anbetrifft, wie wir bereits mehrfach hervorhoben, ein sehr verwandter. Auch bei der Verkaufskommission ist dem Kommissionär neben der Verkaufsbemühungspflicht grundsätzlich die facultas alternativa vom Geber eingeräumt, selbst als Käufer die Sache übernehmen zu können. Aus der dem Kommissionsgeschäft eigenartigen Rechenschaftspflicht des Kommissionärs gegen-

über dem Kommittenten, erklärt sich die einschränkende Vorschrift des § 400 Abs. 1 HGB. Sie bestimmt, daß im Zweifel ein Selbsteintritt des Kommissionärs nur bei Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, oder bei Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, zulässig ist, soweit nicht abändernde Vereinbarungen getroffen sind. Diese Beschränkung des Selbsteintrittsrechts des Kommissionärs vernotwendigt sich, da andernfalls der Kommittent nicht in genügender Weise wegen Fehlens jeglicher Kontrolle in der Lage wäre zu überprüfen, ob der Verkaufskommissionär auch selbst ihm den verkehrsüblichen Preis zahlt oder das Kommissionsgeschäft nicht vielmehr zu eigener Bereicherung benutzt. Denn beim Kommissionsgeschäft handelt ja der Kommissionär für fremde Rechnung. Da der Empfänger beim Vertriebsvertrag aber für eigene Rechnung handelt, d. h. also nur die vereinbarte aestimatio und nicht den ganzen Erlös zu bezahlen hat, kommt hier diese Erwägung nicht in Frage, und die für das Kommissionsgeschäft eigenartige Bestimmung, die eine Beschränkung des Selbsteintrittsrechts des Verkaufskommissionärs enthält, greift hier nicht Platz. An sich wird dadurch die Möglichkeit, das Selbsteintrittsrecht bei beiden Verträgen zu vergleichen, nicht berührt.

Wir sind bereits oben zu dem Resultat gelangt, daß für eine wirksame Ausübung des Selbsteintrittsrechts beim Vertriebsvertrag notwendigerweise eine dahingehende Erklärung des Empfängers an den Geber erforderlich ist. Dieselbe Vorschrift finden wir in § 400 Abs. 2 Satz 2 HGB. Nun werden aber die Interessen des Kommittenten in weit höherem Maße durch den Selbsteintritt des Verkaufskommissionärs berührt als die des Gebers beim Vertriebsvertrag durch den Eintritt des Empfängers. Denn im einen Falle liegt, wie schon gesagt, ein Handeln des Eintretenden

für fremde Rechnung, im andern ein Handeln für eigene Rechnung vor. Wenn nun das Gesetz in § 400 Abs. 2 Satz 2 HGB. sogar beim Selbsteintritt des Verkaufskommissionärs Absendung der Eintrittserklärung genügen läßt, was nach § 405 Abs. 3 HGB. zur Folge hat, daß ein nach Absendung dieser Erklärung dem Verkaufskommissionär zugehender Widerruf des Selbsteintrittsrechts nunmehr wirkungslos ist, um wieviel mehr kann diese Vorschrift für das Selbsteintrittsrecht beim Vertriebsvertrag genügen. Also mehr als Absendung der Eintrittserklärung kann auch hier nicht gefordert werden.

Genügt aber nunmehr beim Vertriebsvertrag schon die bloße Erklärung des Selbsteintritts, um ihn wirksam werden zu lassen und kaufrechtliche Wirkungen zu erzeugen? Dieses wird mit Rücksicht darauf zu verneinen sein, daß doch die Erklärung nach außenhin für den Interessierten wahrnehmbar hervortreten muß. Hierfür gelten die gleichen Gründe, die überhaupt für die Erforderlichkeit einer Erklärung angeführt worden sind. Hierdurch erklärt sich denn auch die Bestimmung des § 400 Abs. 2 Satz 2 HGB. für den Selbsteintritt des Kommissionärs, welche wir entsprechend beim Vertriebsvertrag anwenden können. Das würde also bedeuten, daß der Selbsteintritt des Empfängers beim Vertriebsvertrag in dem Zeitpunkt perfekt wird, in welchem der Empfänger die Anzeige von seinem Selbsteintritt zur Absendung an den Geber abgegeben hat, daß hiermit kaufrechtliche Wirkungen zwischen Geber und Empfänger Platz greifen.

Diese Untersuchungen waren zum Verständnis der dinglichen Seite und um eine Grundlage für sie zu schaffen, erforderlich. Denn mit der causa steht und fällt ein eventueller Eigentumsübergang. Vgl. § 812 BGB. Nun zur dinglichen Rechtslage selbst und zwar zu der Behandlung der Frage, ob die Ausübung des

Selbsteintrittsrechts, da sie ja kaufrechtliche Wirkungen zwischen Geber und Empfänger hervorruft, im Zweifel einen Eigentumsübergang auf den Empfänger ipso iure zur Folge hat.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt an sich beim Kaufvertrag keinen gesetzlichen Eigentumsvorbehalt wie das römische Recht und das gemeine Recht [165]). Im Zweifel geht hier also das Eigentum durch die bloße Uebergabe des Gegenstandes auf den Käufer über, indem in der Absendung desselben der Uebereignungswille des Verkäufers und in der Entgegennahme durch den Empfänger die Annahme des dinglichen Vertragsantrags zu erblicken ist. Selbstverständlich können die Parteien etwas anderes vereinbaren; das Bürgerliche Gesetzbuch spricht z. B. in § 455 von einem Eigentumsvorbehalt. Es taucht also die Frage auf, ob sich aus dem obligatorischen Verhältnis des Vertriebsvertrags ein solcher Eigentumsvorbehalt ergibt.

Die Verpflichtung des Empfängers zur Bezahlung der aestimatio gibt hierfür nichts her. Denn eine Verpflichtung zur Preiszahlung haben wir beispielsweise auch beim Kaufvertrag, ohne daß sie verhindert, daß hier im Zweifel das Eigentum schon mit der Uebergabe der Sache auf den Käufer übergeht.

Auch wenn im konkreten Falle neben der Verpflichtung zur Bezahlung der aestimatio nicht nur eine facultas alternativa sondern sogar eine alternative Obligation des Empfängers zur Sachrückgabe besteht, so ist sie bedeutungslos für die Frage des Eigentumsüberganges. Denn sie kann nur solange bestehen, als die Sachen noch nicht vom Empfänger verkauft oder von ihm selbst gekauft sind. Wenn nämlich in ihr der Vorbehalt liegen würde, daß das Eigentum erst mit Preiszahlung übergehen solle, dann würde

165) Bestritten.

sie ja auch verhindern, daß Empfänger die Sache an einen Dritten auf Grund von § 185 Abs. 1 BGB. übereignen könnte. Dieser könnte dann höchstens gemäß § 932 BGB. oder § 366 HGB., wenn er gutgläubig ist, Eigentümer werden. Das würde aber dem ganzen Sinn und Zweck unseres Vertrags widersprechen. Außerdem wird doch auch allgemein [166]) anerkannt, daß der Dritte gerade auf Grund von § 185 Abs. 1 BGB. das Eigentum erwirbt. Man könnte also höchstens an einen bedingten Eigentumsvorbehalt denken, nämlich daß zwar im Falle des Verkaufs der Sache durch den Empfänger an einen Dritten dieser unabhängig davon, ob der Geber bereits vom Empfänger den festgesetzten Preis erhalten hat, Eigentum erwerben solle, daß aber im Falle des Selbsteintritts der Empfänger erst mit Bezahlung oder ausdrücklicher Kreditierung des Preises Eigentümer werden solle. Dem aber ist entgegenzuhalten, daß, wie schon mehrfach erwähnt, nichts dafür spricht, den Empfänger schlechter zu stellen als den Dritten. Im Gegenteil, der Empfänger ist doch dem Geber bekannt und ein Verkauf an diesen selbst bietet ihm infolgedessen viel mehr Sicherheit dafür, daß er zu seinem Gelde kommt, als wenn der Empfänger die Sache an einen beliebigen Dritten absetzt. Der Geber schadet sich also selbst dadurch, wenn er dem Empfänger den Selbsteintritt dadurch erschwert, daß er für den Eigentumsübergang eine vorherige Preiszahlung zur Bedingung macht. Hat nun aber mal im konkreten Falle der Geber kein Vertrauen zu der Zahlungsfähigkeit oder Ehrlichkeit des Empfängers, so bleibt es ihm ja unbenommen, wenn er es nicht sogar vorzieht, die Geschäftsverbindung mit diesem zu lösen, sich durch

166) Soweit man auf dem Standpunkt steht, daß das Eigentum bei Verkauf der Sache an einen Dritten direkt vom Geber auf diesen übergeht.

besondere Vereinbarungen zu schützen, beispielsweise durch Beschränkung oder Aufhebung des Selbsteintrittsrechts des Empfängers oder durch irgendwelche Eigentumsvorbehalte. Tut der Geber dies nicht, so gibt er eben damit zu erkennen, daß er den Empfänger nicht schlechter stellen will, wie den Dritten.

Da sich demnach aus dem Inhalt des Vertriebsvertrags kein Eigentumsvorbehalt ergibt, so finden im Falle des Selbsteintritts des Empfängers die Regeln über den Eigentumsübergang beim Kaufvertrag Anwendung. Das bedeutet also, daß im Zweifel der Geber mit dem Uebergang des Eigentums an den abgesandten Waren auf den Empfänger einverstanden ist, sofern der Selbsteintritt zwischen ihm und dem Empfänger vollzogen ist. Hierdurch wird dem Empfänger die Möglichkeit gegeben, ohne weitere Genehmigung und Kenntnis des Gebers Eigentümer zu werden. Der Selbsteintritt des Empfängers wird, wie wir gesehen haben, mit der Absendung der Eintrittserklärung perfekt. Es bedarf also nur noch einer Besitzergreifung der Ware durch den Empfänger mit der Absicht, deren Eigentümer zu werden. Sobald diese erfolgt ist, erwirbt er in Uebereinstimmung mit dem im voraus erklärten Uebereignungswillen des Gebers das Eigentum. Soweit der Empfänger bei Abgabe der Eintrittserklärung die Ware bereits in seinem Gewahrsam hat, liegt jene Erwerbshandlung gleichzeitig in dieser Erklärung, indem er durch diese seinen Willen kundgibt, nunmehr jene von ihm bis dahin als bloßer Besitzer für den Geber besessene Ware als deren Käufer und Eigentümer für sich zu besitzen [167]). Befanden sich die Waren zur Zeit der Abgabe seiner Eintrittserklärung noch nicht in seinem

---

167) Eigentumsübergang im Wege der brevi manu traditio.

Gewahrsam, so liegt die Erwerbshandlung in der Empfangnahme der Ware und geht mit ihr das Eigentum auf den Empfänger über.

Dieses Ergebnis findet eine Stütze in der dinglichen Wirkung des Selbsteintrittsrechts des Verkaufskommissionärs, das, wie wir bereits sahen, seiner Natur und seinem Zwecke nach dem Eintrittsrecht des Empfängers beim Vertriebsvertrag sehr ähnlich ist. Hier findet nach allgemeiner Ansicht der Eigentumsübergang auf den Empfänger im Augenblicke des Selbsteintritts dann, wenn er bereits den Gewahrsam der Sache hat, andernfalls durch Empfangnahme der Sache, statt.

Naturgemäß greift im Falle des Selbsteintritts durch den Empfänger ein Eigentumsübergang auf ihn nur dann Platz, wenn er nicht bereits Eigentümer ist, also in der Regel nur beim Vertrieb von beweglichen Sachen und gewissen Rechten. Ist der Empfänger bereits bedingter oder fiduziarischer Eigentümer, so wird er im Falle des Selbsteintritts im Zweifel unbedingter bezw. unbeschränkter Eigentümer des Gegenstandes werden.

§ 10.

2. Die dingliche Rechtslage im Falle der sogenannten Selbsteintrittsverpflichtung des Empfängers.

Sehr häufig werden Vertriebsverträge auch über Waren abgeschlossen, die der Mode unterworfen sind. In solchen Fällen findet sich dann zum Schutze des Gebers in der Regel die Abmachung einer bestimmten Frist, innerhalb welcher der Empfänger für den Fall der Sachrückgabe die Ware zurückgeben muß. Läßt er diese verstreichen, ohne die Ware zurückzusenden, so soll er jetzt nur noch den festgesetzten Preis bezahlen dürfen, indem er damit das Recht auf Sach-

rückgabe verloren hat. Diese ausschließliche Pflicht zur Preiszahlung kann als eine Selbsteintrittsverpflichtung des Empfängers bezeichnet werden, da dieser nach Ablauf der Frist wie ein Käufer behandelt wird und jetzt auf jeden Fall bezahlen muß [168]).

Naturgemäß knüpft sich dann an diesen Zeitpunkt nach heutigem Recht auch der Eigentumsübergang. Die Einigung zum dinglichen Vertrag liegt hier darin, daß die Parteien von Anfang an sich darüber einig waren, daß mit Ablauf der bestimmten Frist die Möglichkeit der Rückgabe wegfallen sollte, die Ware demnach auch in diesem Moment ins Eigentum des Empfängers übergehen sollte. Bezüglich eines gesetzlichen reservatum dominii gilt das oben beim Selbsteintrittsrecht Gesagte.

Nach anderer Ansicht liegt bei der sogenannten Selbsteintrittsverpflichtung nur eine Bindung des Empfängers in der Richtung vor, daß ihm das Recht der Sachrückgabe genommen ist, dem Geber aber weiterhin freisteht, auf Rückforderung der Ware zu bestehen. Für die dingliche Rechtslage würde sich hier etwas von obigem abweichendes insofern ergeben, als hier das Eigentum zwar auch auf den Empfänger übergeht, aber auflösend bedingt von der Rücknahmeerklärung des Gebers [69]).

Diese Annahme ist nur unter der Voraussetzung denkbar, daß wir es beim Vertriebsvertrag mit einer Alternativ-Obligation und nicht mit einer facultas alternativa zu tun haben.

Im übrigen werden auch hier in der Regel diesbezügliche besondere Abmachungen zwischen den Par-

---

168) So auch P. Koch, a. a. O., S. 45; vgl. auch die Selbsteintrittsverpflichtung des Handelsmäklers in § 95 HGB.

169) Vgl. §§ 513, 515 A. L. R.; Gruchot, a. a. O., S. 157 f.

teien oder die Usancen [170]) irgendeinen Anhalt geben, denen ja, wie bereits erwähnt, ohnehin bei der Ausgestaltung des Vertriebsvertrags und der Auslegung der dinglichen Rechtsverhältnisse eine große Bedeutung zukommt.

§ 11.

VI. Folgen der Entscheidung.

Das Ergebnis unserer Untersuchungen über die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag läßt sich folgendermaßen zusammenfassen. Beim Vertriebsvertrag über bewegliche Sachen sowie über die Rechte, deren Uebertragung formlos erfolgt, greift im Zweifel kein Eigentumsübergang auf den Empfänger Platz, sondern bei Veräußerung der Sache durch den Empfänger geht das Eigentum direkt von dem Geber auf den Dritten regelmäßig auf Grund von § 185 Abs. 1 BGB. über; Empfänger wird Eigentümer nur durch Ausübung seines Selbsteintrittsrechts oder durch Eintritt der Selbsteintrittsverpflichtung. Abmachungen oder Usancen können im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften etwas anderes bestimmen, also beispielsweise einen sofortigen oder späteren Eigentumsübergang, einen resolutiv oder suspensiv bedingten oder einen fiduziarischen Eigentumsübergang auf den Empfänger festsetzen. Beim Vertrieb von Grundstücken und den Rechten, deren Uebertragung einer Form bedarf, erfordert jedoch das Gesetz einen Eigentumsübergang auf den Empfänger, damit er selbst in der Lage ist, Eigentum auf einen Dritten übertragen zu können. Auch hier kann und wird in der Regel, wie wir gesehen haben, der Eigentumsübergang als ein fiduziarischer erfolgen; ein bedingter Eigentumsüber-

170) Siehe B. V. O. § 30 a.

gang ist jedoch ausgeschlossen, weil das Grundbuch eine solche Bedingung nicht zuläßt.

Die Folgen der dinglichen Rechtsgestaltung beim Vertriebsvertrag sind bereits verschiedentlich zur Sprache gelangt, als gerade sie insbesondere bei der Interessenabwägung Schlüsse für die dingliche Rechtslage zuließen und bestimmenden Einfluß auf diese ausübten.

Im Vordergrund stehen die Wirkungen, die die dingliche Rechtslage für das Verfügungsrecht zeitigt. Aus dem Eigentum des Gebers folgt, daß der Empfänger nur im Rahmen seiner Verfügungsmacht über die ihm zum Vertrieb übergebenen Gegenstände verfügen kann. Bestritten ist nun die Frage, wie weit diese seine Verfügungsmacht reicht. Viele treten für ein unbeschränktes Verfügungsrecht des Empfängers ein, dieser könne also den Gegenstand vermieten, verpachten, verpfänden, verschenken, verleihen, kurz mit ihm machen, wie es ihm gefiele [171]). Begründet wird diese Ansicht unter anderem damit, daß es dem Geber ganz gleich sei, was mit der Sache geschähe, ihm sei nur daran gelegen, den festgesetzten Preis zu erhalten, und durch Einräumung der unbeschränkten Verfügungsmacht des Empfängers hoffe er am ersten dieses Ziel zu erreichen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß es dem Geber in der Regel keineswegs gleichgültig ist, was mit der Sache geschieht. Denn unter Umständen kann er dadurch einen großen Schaden haben, wenn beispielsweise ein mittelloser Empfänger derartig über die Ware

---

171) Crome, B.R., § 273, Nr. 2; Endemann, B.R., § 163, S. 1021, Nr. 4; v. Zwehl, a. a. O., S. 29; Hirschberg, a. a. O., S. 11 ff.; Friedrichs, a. a. O., S. 11; Reinhold, a. a. O., S. 7. A. A. Cosack, B. R. I, 4. Aufl., § 138, S. 492; Marwege, a. a. O., S. 89 f.; Schulz, a. a. O., S. 69; P. Koch, a. a. O., S. 56 f.

verfügen dürfte. Dagegen kann auch nicht angeführt werden, daß der Empfänger den Geber ja doch immer schädigen könne, wenn er wolle, er brauche ja nur vor seiner Verfügung seinen Selbsteintritt zu erklären. Denn wie wir bereits mehrfach hervorhoben, ist das Selbsteintrittsrecht des Empfängers nur ein naturale negotii und kann ausgeschlossen werden.

Damit soll nun nicht etwa gesagt sein, daß durch eine Beschränkung des Verfügungsrechts insbesondere des Selbsteintrittsrechts des Empfängers nun von vornherein eine Schädigung des Gebers unmöglich gemacht wird. Es ließe sich z. B. denken, daß der Empfänger auf Grund eines Kaufs mit Rückkaufsvorbehalt zunächst Eigentum auf einen Dritten überträgt und es sich dann zurückübertragen läßt, oder trotz vertragswidriger Verfügung des Empfängers ein Dritter kraft guten Glaubens Eigentümer der Sache wird. Immerhin wird die Gefahr der Schädigung des Gebers durch eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Empfängers sehr vermindert, da einerseits derartige Machinationen des Empfängers sehr häufig wegen ihres unsittlichen Inhalts nach § 138 BGB. nichtig sein werden und andererseits der Empfänger fürchten muß, sich durch Ueberschreiten seiner Verfügungsmacht strafbar zu machen. Auch wird der Geber bei Beschränkung der Verfügungsmacht des Empfängers viel eher die Möglichkeit haben, diesen wegen positiver Vertragsverletzung zu belangen.

Gegen die unbeschränkte Verfügungsmacht des Empfängers spricht auch das, was oben gegen ein Wirksamwerden des Selbsteintritts des Empfängers durch konkludentes Handeln desselben gesagt wurde [172]).

Auch aus rechtlichen Gesichtspunkten ist eine

---

172) Siehe S. 76 ff.

Generalverfügungsmacht des Empfängers abzulehnen. Die Sache wird dem Empfänger ausdrücklich als eine res vendenda also zum Zwecke des Vertriebs übergeben. Daraus folgt schon, daß Verfügungen des Empfängers, die nicht auf einem Kaufgeschäft beruhen, unzulässig sind; also nur Verfügungen des Empfängers, insoweit sie eine Eigentumsübertragung auf Grund eines Kaufvertrags auf einen Dritten gemäß § 185 Abs. 1 BGB. bezw. auf Grund des Selbsteintritts des Empfängers auf ihn selbst bewirken, sind wirksam. Anderenfalls hat der Geber grundsätzlich immer eine rei vindicatio. Sowie aber allgemein die rei vindicato dann versagt, wenn ein Dritter auf Grund guten Glaubens das Eigentum nach § 932 BGB. erworben hat, so hätte auch der Dritte beim Erwerb von einem Empfänger beim Vertriebsvertrag, der über seine Verfügungsmacht hinausgegangen ist, Anspruch auf einen solchen Schutz. Unser bürgerliches Recht hat im Anschluß an den deutschrechtlichen Grundsatz „Hand wahre Hand", „Wo du deinen Glauben gelassen hast, mußt du ihn suchen" [173]) bestimmt, daß solche bewegliche Sachen, die dem Eigentümer nicht gegen seinen Willen aus dem unmittelbaren Besitz gekommen sind, von einem Nichtberechtigten demjenigen Dritten zu Eigentum übertragen werden können, der gutgläubig ist, d. h. der von dem Mangel des Eigentums seines Vertragsgegners nichts gewußt hat und auch ohne grobe Fahrlässigkeit nichts davon wissen konnte. Auf den Vertriebsvertrag angewandt, würde dies bedeuten, daß der Empfänger, der Verfügungen entgegen den Weisungen des Gebers vornimmt, das Eigentum auf denjenigen übertragen würde, der den Empfänger für den Eigentümer der Sache hält oder ohne grobe Fahr-

173) D. h. der Eigentümer konnte sich nur an denjenigen halten, dem er die Sache anvertraut hatte.

lässigkeit halten durfte. — Das HGB. erweitert diesen sogen. gutgläubigen Erwerb, indem es bei den Geschäften, die auf Seiten des Verfügenden Handelsgeschäfte sind, gemäß § 366 einen Eigentumserwerb seitens des Dritten auch dann zuläßt, wenn dieser Dritte nicht an das Eigentum, sondern nur an die Verfügungsmacht des Vertragsgegners glaubte bezw. ohne grobe Fahrlässigkeit den Mangel der Verfügungsmacht desselben nicht kannte. Letztere Möglichkeit kommt vor allen Dingen für die Eigentumsübertragung des Empfängers beim Vertriebsvertrag auf den Dritten in Frage, da der Empfänger in der Regel Kaufmann sein wird und dann der gute Glaube des Dritten an die Verfügungsmacht des Empfängers für den Eigentumserwerb genügt. — Damit ist zugleich gesagt, wie das Eigentum auf den Dritten übergeht, an den der Empfänger die Sache absetzt [174]).

Zum Vergleich sei auch wieder Bezug genommen auf die Verkaufskommission. Auch hier haben wir nach allgemeiner Ansicht nur ein beschränktes Verfügungsrecht des Verkaufskommissionärs und zwar in dem eben erwähnten Umfange. Wegen der Aehnlichkeit beider Verträge wird man aber nicht annehmen können, daß beim Vertriebsvertrag dem Empfänger ein unbeschränktes Verfügungsrecht zusteht, während dem Verkaufskommissionär bei der Verkaufskommission nur ein beschränktes gegeben ist.

Selbstverständlich können Parteiabmachungen oder Geschäftsusancen etwas anderes bestimmen. So sagt z. B. die buchhändlerische Verkehrsordnung in § 11 b Satz 1, daß der Sortimenter über das Konditionsgut,

---

174) Bei der Verkaufskommission, bei der ja, wie oben ausgeführt wurde, eine Eigentumsübertragung auf den Empfänger auch nicht Platz greift, gelten danach dieselben Erwägungen.

das er im Laufe des Jahres erhalten habe, das Verfügungsrecht besitzt[175]).

Erwähnt wurde schon an anderer Stelle, daß der Empfänger in der Regel die Beschränkung seiner Verfügungsmacht dadurch umgehen kann, daß er vor einer Verfügung seinen Selbsteintritt erklärt. Dann kann er natürlich als Eigentümer beliebig und mit dinglicher Wirkung verfügen. Der Geber wird ihn aber in solchen Fällen wegen positiver Vertragsverletzung auf Schadensersatz belangen können, wenn dadurch das Recht des Gebers auf Bezahlung des festgesetzten Preises geschmälert wird. Dasselbe gilt für die sonstigen Fälle, in denen das Eigentum auf den Empfänger übergeht.

Bezüglich der Dauer des beschränkten Verfügungsrechts des Empfängers vergleiche die obigen Ausführungen über das Rückforderungsrecht des Gebers[176]).

Was das Verfügungsrecht des Gebers anbetrifft, so ist zu sagen, daß dieses nur beschränkt ist durch die Verfügungsbefugnisse des Empfängers. Im übrigen kann der Geber mit der Sache schalten und walten, wie er will, kann sie also durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB. an einen Dritten mit dinglicher Wirkung veräußern und sonstige Verfügungen vornehmen, insbes. auch sie gemäß § 1205 Abs. 2 BGB. durch Abtretung seines mittelbaren Besitzes an den Pfandgläubiger und Anzeige davon an den Empfänger als den unmittelbaren Besitzer verpfänden. Denn das Recht des Empfängers zum Besitz hat nur obligatorische Wirkung.

Weitere praktisch sehr bedeutsame Folgerungen ergeben sich aus dem Eigentum des Gebers im Kon-

---

175) Vgl. hierzu aber Marwege, a. a. O., S. 90, und P. Koch, a. a. O., S. 57.

176) Siehe S. 50 f.

kursfall. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden. Einerseits kann der Empfänger Konkurs machen. Der Geber ist dann als Eigentümer des zum Vertrieb übergebenen Gegenstandes gemäß § 43 KO. berechtigt, den dem Empfänger und nunmehrigen Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstand aus der Konkursmasse auszusondern[177]). Vermag nun der Konkursverwalter dieses Aussonderungsrecht des Gebers dadurch abzuwenden, daß er seinerseits durch Bezahlung der aestimatio die übergebene Sache erwirbt? § 17 KO. sieht eine solche Möglichkeit bei einem zweiseitigen Vertrage, der von beiden Parteien noch nicht vollständig erfüllt ist, vor. Die Entscheidung hängt davon ab, ob wir im Vertriebsvertrag einen gegenseitig verpflichtenden Vertrag erblicken. Dies muß abgelehnt werden, da wir es eher mit einem auftragähnlichen, also mit einem unvollkommen zweiseitigen Rechtsgeschäft zu tun haben. Zu einer direkten Anwendung des § 17 KO. vermögen wir also nicht zu gelangen. Zu erwägen bleibt jedoch, ob wir nicht zu einer analogen Anwendung kommen können. Hierbei ist zu bedenken, daß das Interesse des Gebers doch dahin geht, daß der Empfänger (Gemeinschuldner) die Sache verwertet. Dies ist, wie wir gesehen haben, die erste und hauptsächlichste Pflicht des Empfängers. Bei dieser Sachlage dürfte es aber mit dem Gedanken der Konkursordnung nicht in Einklang zu bringen sein, wenn der Geber trotz sofortiger Bezahlung der aestimatio sich weigern könnte, weiterhin dem Empfänger die Sache an die Hand zu geben. Wir kommen also zu einer analogen Anwendung des § 17 KO.[178]).

---

177) Jaeger, Komm. z. K.O., Bd. 1, zu § 43, Anm. 54; Ehrenberg, a. a. O., § 25, VIII, 5c.

178) Vgl. auch Jaeger, a. a. O., zu § 17, Anm. 1; Michaelis, a. a. O., S. 43; v. Zwehl, a. a. O., S. 77 f.

Hatte der Empfänger jedoch die Sache noch vor der Konkurseröffnung veräußert und den Preis eingezogen, oder die Sache durch Selbsteintritt erworben, so hat der Geber nur die Rechte eines Konkursgläubigers, also nur einen Anspruch auf anteilsmäßige Befriedigung. Steht aber die Kaufpreiszahlung an den Empfänger noch aus, so kann der Geber gemäß § 46 KO. Abtretung der noch ausstehenden Forderung von dem Empfänger verlangen [179]).

Fällt der Geber in Konkurs, so würde unter Heranziehung des § 23 KO. die dem Empfänger erteilte Verpflichtung, die Sache zu verkaufen, erlöschen. Diese Bestimmung der Konkursordnung geht von dem Gedanken aus, daß von dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung an eine Einwirkung auf die Vermögenslage des Gemeinschuldners nur unter Mitwirkung des Konkursverwalters erfolgen dürfe. Eine Einwirkung würde es aber darstellen, wenn der Empfänger die ihm vom Geber zum Vertrieb übergebene Sache ohne Wissen und Willen des Konkursverwalters auf einen Dritten überträgt. Ferner ist noch zu beachten, daß der Konkurs auf baldige Realisierung des Vermögens des Gemeinschuldners abzielt, damit die Gläubiger ihr Geld bekommen. Langfristige Vertriebsverträge ständen aber diesem Prinzip entgegen. Demnach hat eine analoge Anwendung des § 23 KO. im Falle des Konkurses des Gebers Platz zu greifen [180]). Natürlich bleibt es dem Konkursverwalter nicht verwehrt, mit dem Empfänger ein neues Abkommen zu schließen, welches mit dem Interesse der Konkursgläubiger und dem Konkurszweck in Einklang steht.

Anderer Ansicht ist Ehrenberg [181]), der die

179) Jaeger, a. a. O., zu § 43, Anm. 54.

180) Vgl. auch Jaeger, a. a. O., zu § 23 K. O., Anm. 7.

181) Ehrenberg, a. a. O., § 25, VIII, 5c.

analoge Anwendung des § 23 KO. ablehnt und dem Konkursverwalter des Gebers gemäß § 17 KO. das Recht gibt, zwischen Erfüllung und Nichterfüllung zu wählen. Aus den angeführten Gründen können wir jedoch dieser Ansicht nicht folgen, da eben § 23 KO. die Anwendung von § 17 KO. ausschließt [182]) [183]).

Weiter folgt aus dem Eigentum des Gebers, daß im Falle der Pfändung der Ware beim Empfänger durch einen Gläubiger desselben der Geber die Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO. hat. Dasselbe gilt nach herrschender Meinung auch für den Fall, daß dem Empfänger die Sache, wie es bei einem etwaigen Eigentumsübergang beim Vertriebsvertrag die Regel ist, fiduziarisch zu Eigentum übertragen ist, da ja rein wirtschaftlich gesehen, die Sache noch im Vermögen des Gebers ist [184]).

Ein gewisser Zusammenhang besteht auch zwischen Eigentumslagerung und Gefahrtragung. Da der Geber im Zweifel Eigentümer bleibt, so folgt daraus, daß er auf jeden Fall das periculum rei zu tragen hat. Ferner gilt der Schluß, daß auch das periculum obligationis im Zweifel den Geber trifft. Denn der Vertriebsvertrag zeigt, wie wir gesehen haben, keine kaufrechtlichen Wirkungen außer beim Selbsteintritt. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch die buchhändlerische Verkehrsordnung in § 11a Satz 2.

Auch für die strafrechtliche Beurteilung bei etwaigem vertragswidrigem Vorgehen des Empfängers ist die Eigentumslagerung von großer Bedeutung. Würde sich doch der Empfänger bei rechtswidriger Verfügung eventuell einer Unterschlagung schuldig machen.

---

182) Jaeger, a. a. O., zu § 17, Anm. 1.

183) Bezüglich der konkursrechtlichen Folgen beim fiduziarischen Eigentumsübergang vgl. S. 65 f.

184) Vgl. im einzelnen Stein-Jonas, Kommentar, zu § 771 ZPO., Anm. 34.

§ 12.
Schluß.

Ueberlegt man sich nun die praktischen Konsequenzen — und die Aufgabe des Rechts ist es doch, den Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden — so wird man zu dem Resultat gelangen, daß das gefundene Ergebnis ein durchaus billigungswertes ist. De lega ferenda wäre es also zu wünschen, daß der Gesetzgeber in der gezeigten Richtung den Tatbestand des Vertriebsvertrags normiert. Daß eine solche gesetzgeberische Regelung notwendig ist, hat der angedeutete Streit der Lehrmeinungen bewiesen. Im Interesse der Sicherheit im Verkehr wäre es durchaus wünschenswert, daß diesem Zustande bald ein Ende bereitet wird.

Lebenslauf.

Am 2. 11. 1901 wurde ich, Werner Thorbeck, als Sohn des damaligen Hauptmanns, jetzigen Generalmajors a. D. Kurt Thorbeck und seiner Ehefrau Emilie geb. Küstner in Spandau geboren. Ich besuchte die Gymnasien in Charlottenburg, Brieg und Spandau und legte in Spandau zu Ostern 1920 mein Abiturientenexamen ab. Ich betätigte mich dann zunächst als technischer Kaufmann in der Textilbranche. Mein Studium begann ich mit dem Sommer-Semester 1923 und zwar studierte ich zunächst ein Semester auf der Handelshochschule zu Berlin, dann vier Semester auf der Universität zu Berlin, und zwar ein nationalökonomisches und drei juristische Semester, und die vier letzten Semester auf der Universität zu Rostock. Daselbst promovierte ich am 30. Juni 1927 mit „cum laude" zum Doktor iuris.